[illegible]
[illegible] u. d. T. [illegible]
[illegible] Volks[illegible]
[illegible] über die Pa[illegible]
[illegible]
[illegible] von [illegible]
Serie der [illegible] 41 [illegible]
[illegible]
[illegible]

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von
D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

BIBLIOTHECA BAMBERGENSIS

Dreyzehnten Theils erste Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1811.

Lib. XII. Tit. IV.

De condictione causa data, causa non secuta.

§. 820.

Was sind *condictiones*? Condictio causa data causa non secuta?

Eine besondere Art von persönlichen Klagen sind die *Condictiones* oder *condictitiae actiones*, von welchen nun in einer Reihe von Titeln zu handeln seyn wird. Zwar hießen ehemals alle persönliche Klagen, welche auf ein dare aut facere oportere gehen, im Allgemeinen *Condictiones* 1), nämlich von dem ritus denunciationis, welcher nach der alten römischen Gerichtsordnung bey diesen Klagen üblich war, vermöge dessen die Partheyen einen Tag bestimmten, wo sie vor Gericht erscheinen, und litem contestiren wollten, welches man condicere 2) nannte, so so wie von dem ritus vindiciarum die Realklagen *Vindicationes* genennet wurden. Allein wie jene Denunciatio ausser

1) *L. 25. pr. D. de obligat. et action.*

2) Was *condicere* und *denunciare* in der Sprache der alten römischen Gerichtsordnung hieß, und worin die alte litis denunciatio bestanden, habe ich an einem andern Ort, in Opuscul. Fascic. II. pag. 350. und pag. 356. sqq. gezeigt. Man sehe noch BRISSONIUS de Verbor. Signif. v. *Condicere*. *Iac.* GOTHOFREDUS

ausser Gebrauch kam [3]), so blieb der Name *Condictiones* blos denjenigen persönlichen Klagen im engsten Sinn eigen, welche auf eine Uebertragung des Eigenthums, oder Herausgabe deßen abzweken, wovon der Kläger nicht Eigenthümer ist [4]). Alles dieses bestätiget folgende Stelle Justinians, welcher §. 15. *I. de Action* sagt: Appellamus autem in rem quidem actiones, *Vindicationes*: in personam vero actiones, quibus dare aut facere oportere intenditur, *Condictiones*. *Condicere* enim est denunciare prisca lingua: nunc vero abusive dicimus *Condictionem* actionem in personam esse, qua actor intendit *dari* sibi oportere. Nulla enim hoc tempore eo

FREDUS in Commentar. ad Cod. Theodos. Tom. I. Lib. II. Tit. 4. p. 112. edit. *Ritter*. *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XXIII. cap. 2. *Io.* CORASIUS Miscellaneor. Lib. IV. cap. 7. und *Franc.* HOTOMAN in Commentar. ad §. 15. I. de Action. pag. 448. seqq.

3) Es ist ganz irrig, wenn MARCILIUS ad §. 15. I. de Action. und VINNIUS in Comm. ad eund. §. I. nr. 3. behaupten wollen, daß Kr. Theodosius die denunciationum ambages in der *L. 6. Cod. Theod. de denunciat.* abgeschafft habe. Es geschahe dies nur in 7. Fällen, die er ausnahm. S. meine Opuscula Fasc. II. pag. 360. sq.

4) S. *Frid. Nathan.* VOLCMAR Diss. de condictionum indole atque natura, praeside *Io. Christ.* WOLTAERO def. *Halae* 1777. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. et. 2. *Io. Lud.* CONRADI iuventiana condictio, quae est in L. 32. D. de reb. credit. Marb. 1774. 8. Cap. II. §. 1. Hugo Civilistisches Magazin 1. Band S. 463. u. folg. und THIBAUT im Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 60.

eo nomine denunciatio fit. Theophilus[5]) hat dieſe Stelle auf folgende Art erläutert: Πᾶσαι δὲ αἱ in rem τῷ γένει λέγονται vindicationes, ὥσπερ καὶ πᾶσαι αἱ περσονάλιαι κονδικτίτιοι προσαγορεύονται. Καὶ πόθεν εἴρηται κονδικτίτιος, ἀναγκαῖον ἐιπεῖν. Condicere ἐςὶ κατὰ τὴν ἀρχαῖαν διάλεκτον τὸ παραγγεῖλαι. Πάλαι γὰρ ὁ ἔχων δίκην πρός τινα παρήγγελεν ἀυτῷ, ὅτι ἐλθὲ τῆδε τῇ ἡμέρᾳ, ὡς δικασόμενος μετ᾽ ἐμοῦ. σήμερον δὲ καταχρηςικῶς λέγεται κονδικτίτιος ἡ ἀγωγὴ ἣν ὁ ἄκτωρ κινῶν λέγει. Εἰ Φαίνεται, τόνδε χρῆναι δȢναι, ἐπειδὴ κατὰ τὸ νῦν κρατȢν ουδεμία πρὸς τόν ἀντίδικον γίνεται παραγγελία, ὀυδὲ γὰρ παραγγέλλει ἀυτῷ ὁ ἐνάγων, ὅτι δεῖ ἀυτὸν ἐλθεῖν τῇδε τῇ ἡμέρᾳ καὶ δικάσασθαι. i. e. Omnes autem in rem actiones in genere vocantur *Vindicationes*, ſicut et omnes perſonales *Condictiones* adpellantur. Atqui unde *Condictio* nominetur, neceſſe eſt dicere. *Condicere* ſecundum antiquam linguam eſt denuntiare. Olim enim, qui cum aliquo litem habebat, denuntiabat ei, Venito illa die, ut iudicium mecum ſubeas: hodie autem abuſive *Condictio* dicitur illa actio, quam actor inſtituens dicit, *Si adparet, illum dare oportere*; quoniam ſecundum id, quod nunc obtinet, nulla adverſario fit denunciatio; nec enim actor ei denuntiat, oportere eum venire illa die ac iudicium ſubire.

Es ergiebt ſich hieraus, daß die Idee, welche Hellfeld hat, wenn er unter Condictionen perſönliche Klagen verſteht, die nicht aus einem Contract, ſondern blos aus einer geſetzlich anerkannten Billigkeit entſtehen, nicht erſchöpfend iſt. Denn auch davon abgeſehen, daß die condictio

5) Paraphr. graec. Inſtitut. Lib. IV. Tit. 6. §. 15. Tom. II. p. 805. edit. *Reitz.*

dictio certi ex mutuo eine condictio ex contractu ist, so würden nach diesem Begriff auch alle actiones in factum Condictionen seyn.

Condictionen sind nun also

1) blos persönliche Klagen. Realklagen sind nie so genennet worden, sondern haben immer den Namen vindicationes geführt. Johann Carl van Wachendorff[6]) ist zwar anderer Meinung; allein Janus a Costa[7]), hat das Gegentheil gezeigt.

2) Es sind Civilklagen. Denn es giebt keine Condiction, welche einen Prätor zum Urheber hätte. In Ansehung der condictio triticiaria und der condictio de eo, quod certo loco sind zwar mehrere anderer Meinung[8]), und haben sich sogar bemühet, die Worte des prätorischen Edicts herzustellen. Allein vergeblich. Es findet sich hiervon nirgends eine Spur[9]). Den Grund, daß mehrere Stellen des Ulpians und Cajus in den Titeln der Pandecten, die von diesen Condictionen handeln, aus ihren Commentarien über das Edict des Prätors genommen sind, beweiset nichts. Wie viel Fragmente in dem Titel de

6) Dissertation. Trias. Diss. II. Cap. II. §. 1. pag. 231.

7) Commentar. ad §. 15. I. de Actionib. pag. 539.

8) WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. P. I. Diss. XXVI. Th. 7. SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exercit. XXIV. Th. 56. WESTENBERG de caussis obligationum Diss. VII. Cap. V. §. 10—12. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. Tit. de condictione de eo quod certo loco Tom. II. *Operum* pag. 305.

9) Man sehe WACHENDORFF cit. Triad. Dissertationum Diss. II. Cap. II. §. 4. pag. 241. sq. und *de* COCCEJI in iure civ. controv. Lib. XIII. Tit. 3. Qu. 6.

de Rei Vindicatione sind nicht aus diesen Commentaren entlehnt, und doch weiß jeder, daß die Rei Vindicatio eine Civilklage ist?

3) Sie haben das Unterscheidende, daß sie auf ein *dare oportere* gehen. Das Wort dare heißt aber in der Sprache des röm. Rechts nicht blos herausgeben, sondern es soll eine Uebertragung des Eigenthums ausdrücken. Justinian sagt §. 14. *I. de actionib.* Dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut eius fiat. Diese Klagen haben also zum Zweck, entweder die Erwerbung des Eigenthums einer Sache, von welcher der Kläger noch nicht Eigenthümer war, wie z. B. bey der *condidictio ex lege, triticiaria* u. dgl. oder ein Herausgeben dessen zu bewirken, wovon zwar dem Beklagten das Eigenthum war übertragen worden, was dieser aber entweder vermöge der Contractsverbindlichkeit jetzt wieder in gleicher Art restituiren muß, wie bey der *condictio ex mutuo*, oder nun ohne rechtlichen Grund besitzt, wie bey der *condictio ob causam dati, causa non secuta, condictio indebiti, condictio ob turpem vel iniustam causam*, und *condictio sine causa* [10]). Hingegen auf Herausgabe einer Sache, deren Eigenthum dem Kläger unverändert verblieben ist, gehen diese Klagen nicht. Daher findet man in dem ganzen röm. Gesetzbuche nirgends etwas von einer condictio ex commodato, oder deposito, oder pignore [11]). Nur der Klage aus dem Darlehn konnte darum der Name condictio bleiben, weil der Gläubiger nicht mehr Eigenthümer

 dessen

20) *L. 65. D. de condict. indeb.*

11) S. *de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. I. cap. 8. nr. 8. (in *Ger.* MEERMAN *Thes. iuris civ. et canon.* Tom. VI. pag. 107.)

dessen ist, was er von dem Schuldner als Darlehn zurückfordert. Es ist daher eine Regel, daß der Eigenthümer seine Sache nicht condicire. Justinian sagt §. 14. *I. de Action.* Certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere: *Si apparet, eum dare oportere.* Nec enim, quod actoris est, id ei *dari* oportet: scilicet, *quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut eius fiat.* Nec res, quae iam actoris est, magis eius fieri potest. Nur gegen den Dieb, gegen den Räuber, gegen einen Ehegatten, welcher dem andern wegen vorhabender Ehescheidung Sachen entwendet hat, und gegen den Depositar, welcher sich eines Dolus schuldig gemacht hat, gestatten die Gesetze dem Eigenthümer eine Condiction, wie folgende Stellen beweisen.

§. 14. *I. de Action.* Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli, rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur: Si appareat, eos dare oportere: quamvis sit adversus eos etiam in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.

L. ult. in fin. D. Usufructuar. quemadm. caveat. Proditum est, neminem rem suam, nisi furi, condicere posse.

L. 1. §. 1. D. de condict. triticiar. Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex caussis, ex quibus potest, veluti ex causa furtiva vel vi mobili re abrepta.

L. 25. D. de actione rer. amotar. Rerum quidem amotarum iudicium sic habet locum, si divortii consilio res amotae fuerint, et secutum divortium fuerit: sed

sed si in matrimonio uxor marito res subtraxerit, licet cessat rerum amotarum actio, *tamen ipsas res maritus condicere potest*: nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident.

L. 26. D. eodem. Rerum amotarum actio *condictio* est.

L. 13. §. 1. D. Depositi. Competit etiam *condictio*, depositae rei nomine: sed non antequam id dolo admissum sit, non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, *condictione obligari*, verum quod dolum malum admiserit.

4) Die Condictionen sind entweder **Hauptklagen**, welche zum Zweck der Verfolgung einer Verbindlichkeit gebraucht werden, aus welcher sie unmittelbar hervorgehen; wie z. E. die condictio ex Lege, condictio ob causam dati, causa non secuta, condictio ob turpem causam, condictio indebiti, und so die meisten Condictionen; oder es sind blos *adiectitiae qualitates* anderer Hauptklagen, welche dem Namen derselben beygesetzt werden, um ihren **Zweck** noch näher zu bezeichnen; wie z. B. die condictio triticiaria und die condictio de eo quod certo loco [12]).

5) Der allgemeine Grund der Condictionen ist die natürliche Billigkeit. Sie werden daher in den Gesetzen aus dem iure gentium hergeleitet. **Marcian** sagt *L. 25. D. de act. rerum amotar.* Jure gentium condici puto

 posse

12) S. *de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 1. Not. **Hübners** Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des Röm. Rechts. S. 84. ff.

posse res ab his, qui non ex iusta causa possident. Eben dieses bestätigt Paulus *L.* 65. §. 4. *D. de condict. indeb.* Quod ob rem datur, ex bono et aequo habet repetitionem: veluti, si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris; und Papinian sagt insonderheit von der condictio indebiti, *L. 66. D. de condict. indeb.* Haec condictio *ex bono et aequo introducta*, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit. Es ist bey so klaren Stellen der Gesetze ganz unbegreiflich, wie dennoch mehrere berühmte Rechtsgelehrte [13]) die Condictionen, von denen wir hier reden, für actiones stricti iuris haben halten können [14]). Deswegen haben aber doch die Condictionen noch ihren besondern Klagegrund, wodurch sich dieselben von einander unterscheiden. So sagt Justinian *Pr. I. Quibus mod. re contr. obligat.* Ex mutuo nascitur actio, quae vocatur *certi condictio.* Die *condictio indebiti* leitet Cajus *L.* 5. §. 3. *D. de oblig. et action.* quasi ex mutui datione her. Die *condictio ob causam dati* wird von einigen [15]) ex contractu

13) *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 4. HEINECCIUS in Elem. iuris sec. ord. Pand. Lib. XII. Tit. 6. §. 59. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 3. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3089. u. a. m.

14) Daß die Condictionen vielmehr actiones bonae fidei sind, zeigt *de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. III. cap. 6. in *Thes. Meerman* Tom. VI. pag. 165. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 3. rechnet sie zu den actionibus arbitrariis. Man s. auch EMMINGHAUS ad Eundem l. c. not. k.

15) S. WESTENBERG Dig. h. t. §. 4.

tractu innominato do ut des aut facias; von andern [16]) quasi ex contractu, oder auch ex consensu praesumto [17]) hergeleitet. Die *condictio furtiva* entspringt aus einem Delict [18]). Aus demselben Grunde leiten einige [19]) auch die *condictio ob turpem vel iniustam causam*, andere [20]) hingegen aus einem Quasi-Delict, noch andere [21]) sogar quasi ex contractu her. Ich werde von dem besondern Klagegrunde bey den einzelnen Condictionen noch genauer handeln.

Unter den einzelnen Condictionen ist nun die *Condictio causa data, causa non secuta* [22]) die erste, von welcher hier zu handeln ist. Diese Condiction, welche auch *Condictio ob causam datorum* [23]) genennet wird, ist eine persönliche Klage, welche von demjenigen, der etwas, in Rücksicht eines zu erfüllen-

16) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. SCHULTING Thes. controv. Decad. XXXXII. Th. 2. FINESTRES in Hermogeniano pag. 435.

17) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5.

18) SCHULTING Thes. controv. Dec. XLV. §. 3.

19) WESTENBERG Dig. Lib. XII. Tit. 5. §. 3.

20) *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XII. Tit. 5. Qu. 2.

21) HEINECCIUS Pandectar. Lib. XII. Tit. 5. §. 49.

22) Von dieser handeln *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 20. sqq. *Franc.* DUARENUS in Commentar. ad hunc Tit. Pandectar. Tom. II. *Operum.* pag. 896. sqq. *Ios. Fernand. de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. 2. et 3. (in MEERMANI *Thes. iuris civ. et canon.* Tom. VI. pag. 118. sqq.) CLUDII Tr. de condictione ob causam datorum. *Lipsiae 1659.* und *Io. Christph.* HOEGER Diss. de usu condictionis causa data, causa non secuta. *Altorfii 1714.*

23) Vid. Tit. Cod. *de condictione ob causam datorum.* IV. 6.

den, an sich untadelhaften Zwecks, gegeben hat, gegen den Empfänger auf Zurückgabe des Empfangenen mit allen Nutzungen und Zubehör in dem Fall angestellet wird, wenn die beabsichtigte Gegenleistung nicht erfolgt. Das Wort *Causa* bedeutet also hier soviel als ein Zweck, wozu etwas gegeben wird, oder auch die Sache selbst, welche in Rücksicht einer künftigen Gegenleistung gegeben wird. Daher werden hier die Benennungen *causa* und *res* als gleichbedeutend genommen [24]. Bekannt ist die in den Gesetzen dieses Titels häufig vorkommende Redensart: *ob rem dare. L. 1. pr. L. 9. pr. L. 14. D. h. t. L. 5. pr. D. de praescript. verb.*

§. 821.

Erfordernisse dieser Condiction. Was heißt hier Geben? Datio.

Die Condictio c. d. c. n. f. setzt nun voraus,

1) daß von Seiten des Klägers etwas gegeben worden sey. Das Wort Geben wird jedoch hier im rechtlichen

24) Im engern Sinn unterscheiden jedoch die Gesetze zwischen *Causa* und *Res*, und nennen *causa* dasjenige, was in Hinsicht einer schon geschehenen Leistung, *res* aber, was in Beziehung auf eine künftige Gegenleistung gegeben worden ist. So z. B. sagt *L. 52. D. de condict. indeb.* Damus aut *ob causam*, aut *ob rem.* Ob causam *praeteritam*, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est. *Ob rem* vero datur, ut aliquid sequatur. Und *L. 65. §. 2. D. eodem* heißt es: Id quoque *ob causam* datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi. Eben so unterscheidet *L. 1. D. de condict. ob turp. causam.* Allein im allgemeinen Sinn sind die Ausdrücke *ob rem* und *ob causam* datum gleichbedeutend. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. sub v. *Causa* und DE RETES l. c. Lib. II. Sect. II. cap. 2. nr. 1.

lichen Sinn genommen, und darunter auch eine solche Leistung verstanden, die dem Geben einer Sache in Natur gleichgeachtet wird. Dahin gehört z. B. Ausstellung eines Schuldscheins über eine in Rücksicht einer Gegenleistung versprochene Summe, oder Ausstellung einer Quittung über eine Forderung, die man an den Andern hatte. Es bestätigen dies folgende Gesetzstellen.

L. 4. Cod. de condict. ob causam dator. Si cum exiguam pecuniam revera susciperes, longe maiorem te accepisse cavisti, eo quod tibi patrocinium adversarius repromitteret, cum dicas, fidem promissi non secutam, ut libereris ab obligatione eius, quod non acceptum propter speratum patrocinium spopondisti, per condictionem consequeris.

L. 10. D. h. t. Si mulier ei, cui nuptura erat, cum dotem dare vellet, quae sibi debebatur, acceptam fecit, neque nuptiae insecutae sunt, recte ab eo pecunia condicetur: *quia nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem pervenerit.*

L. 115. pr. D. de div. reg. iuris. Si quis obligatione liberatus sit, *potest videri cepisse.*

Ein bloßes Versprechen, daß man dem Andern etwas geben wolle, wenn es auch gleich in Rücksicht einer Gegenleistung geschehen ist, begründet diese Condiction nicht. Denn hier ist keine Zurückforderung denkbar. Ueberdem ist hier der Promittent schon durch eine Exception hinlänglich gedeckt, es kann daher schon darum das bloße Versprechen hier dem Geben nicht gleichgeachtet werden. Denn Paulus giebt uns

L. 115.

L. 115. §. 1. *D. de Reg. iur.* [25]) die Regel: Non potest videri *accepisse*, qui stipulatus potest exceptione submoveri. Anderer Meynung ist zwar **Anton Schulting** [26]), welcher sich deshalb auf die Worte **Ulpians** in der *L.* 24. *in fin. D. de acquir. vel omit. heredit.* beruft, wo es heißt: quod et stipulando capiamus. Allein man verbinde damit die *L.* 8. *D. de mortis causa donat.* Denn beyde sind aus *Ulpiani Libro VII. ad Sabinum* genommen; und man wird sich sogleich von dem Gegentheil überzeugen. Die Frage war, ob man von demjenigen, welchem eine Summe Geld versprochen worden ist, damit er eine ihm angefallene Erbschaft ausschlage, sagen könne, er habe sich als Erbe gerirt? Diese Frage entscheidet **Ulpian** zwar verneinend; indeßen trete doch hier das Edict des Prätors Si quis omissa causa testati, ein. Denn es sey so gut eine mortis causa capio geschehen, als wenn er das Geld erhalten hätte. Nam et stipulando mortis causa capit. D. h. wenn er gleich das Geld wegen der ausgeschlagenen Erbschaft noch nicht erhalten hat, so kann er doch darauf ex stipulatu klagen, nun ist es zur mortis causa capio nach *L.* 31. *pr. D. eod.* schon genug, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit. Auf jeden Fall aber hat er durch die Annahme des Versprechens seinen Willen erklärt, daß er nicht Erbe seyn wolle.

25) **Paulus** erklärt zwar eigentlich *Lib. XII. ad Edictum*, woraus die *L.* 115. *D. de Reg. iur.* genommen ist, das Edikt des Prätors *de calumniatoribus*. Allein die hier vorgetragenen Rechtsregeln sind allgemein. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad Tit. Pand. de div. regulis iuris. pag. 493. sq.

26) Thesium controversar. Dec. XLII. Th. 5.

wolle [27]). Wie läßt sich also hieraus der Schluß machen, eine stipulata promissio habe mit der datio gleiche Wirkung, und begründe eine condictio causa data causa non secuta, von welcher hier gar nicht die Rede war [28])? Eben so wenig können auch die *L.* 3. §. 4. und *L.* §. 19. *D. h. t.* zum Beweis dienen, welche Cludius [29]) für diese Meynung anführt. Keine dieser Stellen redet von unserer Condiction. Die erste Stelle: Etsi nihil dedi, ut manumitteres, placuerat tamen, ut darem, ultro tibi competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur, id est, condictionem defuncto quoque eo; handelt offenbar von der Klage auf Erfüllung des Contracts; die andere aber: Si quis indebitam pecuniam per errorem iussu mulieris sponso eius promisisset, et nuptiae secutae fuissent, adversus mulierem condictio ei competit, ut aut repetat ab ea, quod marito dedit, aut ut liberetur, si nondum solverit; von der condictio indebiti.

Ob übrigens der Kläger für sich oder für einen andern gegeben hat, ist gleichviel. Derjenige, für welchen etwas gegeben worden ist, kann nur dann gegen den Empfänger auf Zurückgabe klagen, wenn der Geber die Absicht gehabt hat, dem Dritten damit ein Geschenk zu machen, wie folgende Gesetzstellen beweisen.

L. 6. *D. h. t.* Si extraneus pro muliere dotem dedisset, et pactus esset, ut quoquomodo finitum esset

27) S. Westphals Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente §. 231.

28) Vergl. HÖGER Diss. cit. §. 3 not. h.

29) Cit. Tr. de condictione c. d. c. n. sec. Cap. III. nr. 23. sq.

ſet matrimonium, dos ei redderetur; nec fuerint nuptiae ſecutae, quia de his caſibus ſolummodo fuit conventum, qui matrimonium ſequuntur, nuptiae autem ſecutae non ſint; quaerendum erit, utrum mulieri Condictio, an ei, qui dotem dedit competat? Et veriſimile eſt, in hunc quoque caſum, eum, qui dat, ſibi proſpicere. *Nam, quaſi cauſa non ſecuta, habere poteſt Condictionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato*: niſi forte evidentiſſimis probationibus mulier oſtenderit, hoc eum ideo feciſſe, ut ipſi magis mulieri, quam ſibi proſpiceret. Sed et ſi pater pro filia det, et ita convenit, niſi evidenter aliud actum ſit, condictionem patri competere.

L. 7. D. eodem. Qui ſe debere pecuniam mulieri putabat, iuſſu eius dotis nomine promiſit ſponſo, et ſolvit: nuptiae deinde non interceſſerunt: quaeſitum eſt, utrum ipſe poteſt repetere eam pecuniam, qui dediſſet, an mulier? *Nerva* et *Attilicinus* reſponderunt: Quoniam putaſſet quidem debere pecuniam, ſed exceptione doli mali tueri ſe potuiſſet; ipſum repetiturum. Sed ſi, quum ſciret, ſe nihil mulieri debere, promiſiſſet; mulieris eſſe actionem, quoniam pecunia ad eam pertineret. (Denn hier wird eine Schenkung vermuthet.) Si autem vere debitor fuiſſet, et ante nuptias ſolviſſet, et nuptiae ſecutae non fuiſſent, ipſe poſſit condicere: cauſa debiti integra mulieri ad hoc ſolum manente, ut ad nihil aliud debitor compellatur, niſi ut cedat ei condictitia actione.

L. 9. D. eodem. Si *donaturus* mulieri, iuſſu eius ſponſo numeravi, nec nuptiae ſecutae ſunt; *mulier condicet.* Sed ſi ego contraxi cum ſponſo, et pecuniam

in

in hoc dedi, ut, si nuptiae secutae essent, mulieri dos acquireretur; si non essent secutae, mihi redderetur: *quasi ob rem datur, et re non secuta, ego a sponso condicam.*

2) Es muß Etwas wegen einer künftigen Gegenleistung (ob causam futuram) gegeben worden seyn. Ist etwas in Beziehung auf eine bereits geschehene Leistung des Andern gegeben worden, so findet keine Zurückforderung Statt, wofern nicht etwa wegen eines dabey zum Grunde gelegenen Irrthums die condictio indebiti begründet wird. *L.* 52. *D. de condict. indebiti* sagt: Damus *ob causam praeteritam;* veluti cum ideo do, *quod aliquid a te consecutus sum*, vel *quia aliquid a te factum est: ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit.* Ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente, repetitio competit. Und in der *L.* 65. §. 2. *D. eodem* heißt es: Id quoque, quod *ob causam* datur, puta, quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum: quia donare volui, quamvis falso mihi persuaserim, *repeti non posse.*

3) Der Zweck, wozu etwas gegeben worden ist, muß an sich untadelhaft seyn, (*causa honesta*). Ulpian bemerkt dieß ausdrücklich, wenn er *L.* 1. *pr. D. h. t.* sagt: Si *ob rem non inhonestam* data sit pecunia, ut filius emanciparetur, vel servus manumitteretur, vel a lite discedatur, causa secuta, repetitio cessat. Hierdurch unterscheidet sich die condictio ob causam datorum von der condictio ob turpem causam. Die Causa kann übrigens entweder darin bestehen, daß Etwas geschehe, oder daß Etwas nicht geschehen möge. In dem letztern Falle findet keine Zurückforderung Statt, so lange das Factum unterbleibt,

bleibt, es wäre denn, daß zur Sicherheit des Klägers eine Cautionsleistung versprochen worden, und diese nicht erfolgt ist. Es gehen hierauf folgende Gesetzstellen.

L. 3. pr. D. h. t. Dedi tibi pecuniam, *ne ad iudicem iretur*: quasi decidi. An possim condicere, si mihi non caveatur, ad iudicem non iri? Et est verum, multum interesse, utrum ob hoc solum dedi *ne eatur*, an *ut et mihi repromittatur*, *non iri*: si ob hoc, *ut et repromittatur*, condici poterit, si non repromittatur: si *ut ne eatur*, condictio cessat, quamdiu non itur.

§. 1. Idem erit, et si tibi dedero, *ne Stichum manumittas*: nam secundum distinctionem supra scriptam, aut admittenda erit repetitio aut inhibenda.

Wird das Factum dennoch unternommen, was nicht hätte geschehen sollen, so ist es zwar deshalb an sich in der Regel nicht ungültig, allein die Klage auf Zurückforderung des Gegebenen ist nunmehr begründet, wie folgende Gesetzstelle außer Zweifel setzt.

L. 3. Cod. de condict. ob causam dator. Ea lege in vos collata donatio, *ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret*, id efficit, ne alteruter vestrum prorsus alienet; *vel ut donatori, vel eius heredi condictio, si non fuerit conditio servata, quaeratur* [30]).

Ge-

30) Daß die Veräusserung an sich nicht ungültig sey, bestärken auch die *Basilica* Lib. XXIV. Tit. I. Const. 31. (bey FABROT Tom. III. pag. 503.) Εαν' τις δωρήση ταί τινι ἐπὶ ὅρω τοιούτῳ, ἐπὶ τῷ μηδέποτε τὸ δωρηθεντα ἐκποιῆσαι, τῷ μὲν νόμῳ ἐκποίησις οὐ κεκώλυται. ὁ δὲ ἐκποιήσαν, κατέχεται τῷ τῆς ἀπαιτήσεως δικαίῳ. i. e. *Si quis ea conditione alicui dona-*

Gehet die causa dati dahin, daß Etwas geschehe, so kann sich die Handlung auch selbst auf die Person des Gebers beziehen, und doch kann, re non secuta, die Klage auf Zurückforderung des Gegebenen gegründet seyn. Z. B. der Erbe oder Legatar giebt einem Dritten Geld, um dadurch einer ihm aufgelegten Bedingung zu genügen, unter welcher ihm die Erbschaft oder das Legat hinterlassen worden ist; er erhält aber nachher die Erbschaft oder das Legat nicht, entweder weil das Testament für falsch oder für pflichtwidrig erklärt worden ist, oder weil er die Erbschaft oder das Legat nachher ausgeschlagen hat. Hier kann das, was zur Erfüllung der Bedingung gegeben worden ist, zurückgefordert werden. Es muß nur dem Kläger keine unerlaubte Handlung zur Last fallen, warum er den ihm unter der erfüllten Bedingung zugedachten Vortheil nicht erhielt. Die hierher gehörigen Stellen sind

L. 1. §. 1. *D. h. t.* Si parendi conditioni causa, tibi dedero decem, mox repudiavero hereditatem vel legatum, possum condicere [31]).

L. 2.

donaverit, ne alienaret: alienatio quidem iure prohibita non est. Qui autem alienavit, condictione tenetur. Wegen des Veräusserten kann nun aber freylich die Klage nur auf den Werth der Sache gerichtet werden. Cujaz in Recitatt. solemnib. in Cod. ad h. L. 3. sagt: *Condemnatio autem fiet non in fundum, quem non habes, sed in aestimationem, lis aestimabitur: alienatio autem non fiet irrita. L. 135. §. 3. D. de Verb. obligat* S. auch POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XII. not. k. pag. 364. und *Henr.* CARRARD Diss. de pacto de non alienando. praes. *Christ.* GMELIN def. *Tubingae 1789.* §. 20. Zuweilen ist jedoch die Veräusserung nichtig. *L. 1. Cod. de donat. quae sub modo.*

31) Man könnte hier einwenden, daß der Erbe durch Erfüllung der Bedingung schon seine Absicht erklärt habe, daß er die

L. 2. *D. eodem.* Sed et si falsum testamentum sine scelere eius, qui dedit, vel inofficiosum pronunciatum sit, veluti causa non secuta, decem repetentur [32]).

4) Der Zweck muß bestimmt seyn, und dessen Erfüllung für den Geber ein Interesse haben [33]). Hatte sich der Geber über die Absicht, warum er dem Andern Etwas gab, nicht bestimmt geäussert, so wird eine unbedingte Schenkung angenommen, und die Zurückforderung fällt weg, wofern sich nicht etwa die Absicht des Gebers aus der Natur des Geschäfts erklären läßt. Folgende Stellen werden diese Sätze bestätigen und zugleich erläutern:

L. 3. § 7. *D. h. t.* Constat, eum, qui dedit, ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret,

Erbschaft annehmen wolle, und also keine Repudiation weiter Statt haben könne. Allein die Erfüllung der Bedingung ist noch nicht die Annehmung der Erbschaft selbst, sondern setzt den Erben nur erst in den Stand, die Erbschaft antreten zu können. Er kann sie also auch noch ausschlagen. *L.* 13. *L.* 26. *D. de condition. institut.* Mit Recht sagt daher POTHIER in Pand. Iustin. h. t. Nr. XV. not. e. *Parendo conditioni, voluisse me non tam mihi acquiri, quam mihi deferri hereditatem aut legatum: ut postea possem, prout mihi conveniens esse existimarem, aut acquirere aut repudiare.*

32) Hier war zwar die Antretung der Erbschaft schon geschehen, allein ist das Testament falsch, so war sie gleich anfangs nichtig. *L.* 1. *D. de heredit. petit.* ist es pflichtwidrig, so wird sie für nicht geschehen gehalten. *L.* 21. §. 2. *D. de inoff. testam.* S. *Ios.* FINESTRES Hermogenian. ad L. 2. D. h. t. pag. 435. sq.

33) S. *de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. II. cap. 2. nr. 6. sqq. et cap. 3. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. XXXXII. Th. 4.

maret, vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse, opinione falsa deceptum.

L. 7. Cod. eodem. Si repetendi, quod donatus uxori eius, quem ad proficiscendum tecum huiusmodi liberalitate provocare proposueras, nullam addidisti conditionem, remanet integra donatio: cum levitati perfectam donationem revocare cupientium iure occurratur.

Beyspiele von einer causa tacite subintellecta geben die Bestellung eines Brautschatzes, und die Bezahlung einer Schuld an einen falschen Procurator des Gläubigers. Denn jene hat die Schließung einer Ehe, letztere die Liberation des Schuldners zum Zweck. Erfolgt nun jene nicht, oder genehmiget in dem letztern Falle der Gläubiger die Handlung des falschen Sachwalters nicht; so findet eine Zurückforderung des Gegebenen Statt, wenn auch weder die Schließung der Ehe, noch die Ratihabition des Gläubigers zur ausdrücklichen Bedingung war gemacht worden. Denn beydes liegt schon in der Natur der Sache 34).

Daß hingegen die Condiction wegfällt, wenn der Geber bey der Erfüllung der causa nicht interessirt ist, lehrt Ulpian, wenn er *L. 13. §. 2. D. de donat. inter vir. et uxor.* sagt: Quum quis acceperit, *ut in suo aedificet*, condici id ei non potest, quia magis donari ei videtur. Quae sententia NERATII quoque fuit: ait enim, *datum ad villam exstruendam, vel agrum serendum, quod alio-*

34) S. de RETES Opusculor. Lib. II. Sect. II. cap. 3. et 4. (bey MEERMAN Tom. VI. pag. 124. sqq.) und *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 294.

alioquin facturus non erat is, qui accepit, in speciem donationis cadere.

§. 822.

Fortsetzung. Was heißt causa non secuta?

Die Klage setzt ferner

5) voraus, daß die versprochene Gegenleistung nicht erfolgt sey. Nach dem römischen Rechte läßt sich dieser Fall auf dreyerley Art gedenken.

a) Wenn der Geber seinen Willen geändert hat. Dieses Recht der einseitigen Willensänderung hat nach dem römischen Rechte auch dann Statt, wenn schon dem Empfänger eine gewisse Zeit zur Erfüllung des intendirten Zwecks gesetzt, und diese auch noch nicht verflossen war. So lehrt Ulpian *L.* 3. §. 2. *et* 3. *D. h. t.* wo er sagt: Sed si tibi dedero, *ut Stichum manumittas*, si non facis, possum condicere: aut *si me poeniteat*, condicere possum. Quid, si ita dedi, *ut intra certum tempus manumittas?* si nondum tempus praeteriit, inhibenda erit repetitio, *nisi poeniteat:* quodsi praeteriit, condici poterit. Einige Fälle nehmen jedoch die Gesetze aus, wo dieses Reurecht nicht gestattet wird.

1) Wenn etwas zu einem Brautschatz gegeben worden, und die Ehe noch zu hoffen ist. Neratius sagt *L.* 8. *D. h. t.* Quod SERVIUS in libro *de dotibus* scribit: *Si inter eas personas, quarum altera nondum iustam aetatem habeat, nuptiae factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse*, sic intelligendum est, ut si divortium intercesserit prius, quam utraque persona iustam aetatem habeat, sit eius pecuniae repetitio.

Do-

Donec autem in eodem habitu matrimonii permanent, non magis id repeti possit, quam quod sponsa dotis nomine dederit, *donec maneat inter eos adfinitas* 35): quod enim ex ea causa, nondum coito matrimonio datur (cum sic detur, tanquam in dotem perventurum) *quamdiu pervenire potest*, repetitio eius non est.

2) Wenn etwas wegen eines Vergleichs und zur Beylegung eines Processes gegeben worden ist. Paulus giebt L. 65. §. 1. *D. de condict indeb.* die allgemeine Regel: Quod *transactionis nomine* datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur; und in der *L.* 39. *Cod. de transact.* heißt es: Quamvis eum, qui pactus est, statim poeniteat, *transactio tamen rescindi*, *et lis instaurari non potest*: et, qui tibi suasit, *intra certum tempus licere a transactione recedere*, falsum adseveravit.

3) Wenn die causa, wozu etwas gegeben worden, eine negative ist, nämlich daß etwas nicht geschehen möge. Hier findet keine Zurückforderung Statt, solang das Factum unterbleibt, quia alter implet, sagt Retes 36), quod ex parte sua facere tenebatur, et ideo, cum res integra non sit, nec potest esse locus poenitentiae. Die Gesetzstellen, welche hierher gehören, *L.* 3. *pr. et* §. 1. *D.* *h. t.*

35) In den *Basilicis* Lib. XXIV. Tit. 1. Constit. 8. bey FABROT. Tom. III. pag. 498. heißt es: ἐφ ὅσον ἡ μνηστεία συνίσταται. i. e. *quamdiu sponsalia consistunt.* Das Wort adfinitas wird mehrmalen in unsern Gesetzen von der Verbindung unter Verlobten gebraucht. S. *L.* 38. §. 1. *D. de Usur.* und *Corn. van* BYNCKERSHOEK Observat. iuris Rom. Lib. V. cap. 6.

36) Opusculor. Lib. II. Sect. III. Cap. 1. nr. 6. (bey MEERMAN Tom. VI. pag. 144.)

h. t. L. 3. *Cod. eod.* sind schon oben (S. 16.) vorgekommen. Endlich

4) wenn eine Schenkung ob causam geschehen ist. Warum hier die Reue wegfällt, die sonst bey einer datio ob causam in ungenannten Contracten Statt findet, erklärt Retes [37]) mit Anton Faber [38]) auf folgende Art. Plus est in donatione ob causam, quam in datione ob causam: *qui enim ob causam donat, ante defectum causae non potest condicere ex capite poenitentiae*; sed qui ob causam dat, si eum poenituerit dedisse, condicere potest. Non, quod is, qui donat, magis dominium transferat; quam qui dat, cum verum sit, utrumque dominium transferre, sed quia is, qui dat ex causa donationis, et hoc amplius aliquam causam adiicit praedictae donationi, veluti, ut aliquid fiat, *duplicem habet causam donandi*, alteram *praesentem*, alteram *futuram*. Praesens causa est *liberalitas donatoris*; quae cum pendeat ex solo animo, et munificentia donantis, non potest videri defecta unquam, vel non impleta, immo statim impletur, ac donatio facta fuit. *Futura* vero est, *quae pendet ex facto et voluntate donatarii*, quae ideo potest impleri vel non impleri. Hinc ergo fit, ut quemadmodum, si donatarius legem donationis implere nolit, danda est *condictio causa data, causa non secuta* donatori, quoniam ex sola liberalitate non fuerat donaturus: ita si donatarius paratus sit implere, non est permittendum donatori, ut condicat, *quia pendente implemento conditionis, legisve dictae donationi subest alia cau-*

37) Cit. loc. nr. 9. pag. 145.

38) De Errorib. Pragmaticor. Decad. XLV. Err. 9.

causa praesens et iam impleta, *id est*, *liberalitas donatoris*, *quae nullum poenitentiae locum relinquit.* Allein der eigentliche Grund dieses Unterschiedes beruhet vielmehr, wie aus der *L. 6. C. de condict. ob caus. dator.* erhellet, darin, weil eine Schenkung unter den Lebenden an sich nicht wiederrufen, ja nach dem neuern röm. Recht [39]) sogar auf deren Erfüllung geklagt werden kann. Daher gestatten hier die Gesetze nur dann die Zurückforderung des Geschenkten, wenn die causa donandi nicht erfüllet worden ist [40]).

Das Reurecht, welches nach dem röm. Rechte bey ungenannten Contracten zuläßig war, kommt übrigens auch den Erben zu Statten [41]). Denn da das Geschäft unvollkommen blieb, solange die Erfüllung von Seiten des Empfängers nicht erfolgt war, so konnte auch in der Person des Erben keine Verbindlichkeit eintreten, welche auf Seiten des Gebers nicht vorhanden war. Es sagt vielmehr Ulpian [42]): Heredem eiusdem potestatis, iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat.

b) Ist causa nicht secuta, wenn der Empfänger die Gegenleistung entweder gar nicht, oder nicht auf die gehörige Art erfüllen will [43]).

 c) Wenn

39) *L. 35. §. 5. Cod. de donat.*

40) *L. 2. L. 8. C. de donat. ob caus. dator.*

41) S. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 4. und de COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 10. Anderer Meinung sind jedoch LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 10. STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 16. und HOEGER Diss. de usu condict. causa data. §. 3. not. f.

42) *L. 59. D. de div. reg. iur.*

43) *L. 3. §. 3. L. ult. D. h. t. L. 2. L. 3. L. 8. L. 9. L. ult. Cod. de condict. ob caus. dator.*

c) Wenn er sie nicht erfüllen kann. Jedoch ist in diesem letzten Falle die Condiction nicht ohne Unterschied begründet. Die nähere Entwickelung dieser Fälle ist dem folgenden §. vorbehalten. Die Condiction ob causam datorum setzt endlich

6) voraus, daß das Geschäft, wegen dessen der Beklagte dasjenige empfangen hat, auf dessen Zurückgabe gegen ihn geklagt wird, kein genannter Contract seyn dürfe. Denn ist Etwas wegen eines genannten Contracts gegeben worden, so hat nur eine Klage auf gegenseitige Erfüllung des Contracts Statt [44]), wofern nicht etwa eine angehängte Resolutivbedingung, oder Modalbestimmung eine Ausnahme macht, oder der Contract mit beyder Theile Einwilligung wiederum aufgehoben wird. Hier kann auch bey einem genannten Contract dasjenige, was um desselben Willen gegeben worden ist, mit dieser Condiction so gut, als mit der Klage aus dem Contract zurückgefordert werden [45]). Sonst aber hat die condictio ob causam datorum nur bey ungenannten Contracten und solchen Geschäften Statt, welche unter die Rubrick derselben gesetzt werden können, z. B. bey Schenkungen, denen ein modus beygefügt worden; oder wenn ein Schuldschein in der Hoffnung, ein Darlehn zu erhalten, ausgestellt, oder ein Heyrathsgut um einer künftigen Ehe willen gegeben worden ist, oder der Erbe zur Erfüllung einer Bedingung etwas

44) *L. 12. Cod. de Rei Vindic. L. 8. Cod. de contrah. emt. L. 14. Cod. de rescind. vendit. L. 6. Cod. de act. emti.*

45) S. *de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. II. Cap. I. nr. 5. sqq. (bey MEERMANN Tom. VI. pag. 119.)

was gegeben hat, und nachher die Erbschaft nicht erhält, oder annimmt [46]).

Es ergiebt sich hieraus, daß es ganz unrichtig ist, wenn mehrere [47]) diese Condiction aus einem ungenannten Contract herleiten wollen. Denn die daraus entspringende Klage ist die actio in factum praescriptis verbis, und diese gehet nicht auf die Aufhebung des Contracts, sondern auf Erfüllung desselben [48]). Paulus läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L.* 5. §. 1. *D. de praescript. verbis* sagt: Si rem do, ut rem accipiam, dubium non est, nasci civilem obligationem: *in qua actione id veniet, non ut reddas, quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit, accipere;* vel, si meum recipere velim, repetatur, quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta. Richtiger wird von andern [49]) der Grund derselben in einer stillschweigenden Convention gesetzt. Denn die Gesetze erklären

 eine

46) *L. 1. 2. 3. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 12. et ult. D. h. t. L. 2. 3. et 6. Cod. de condict. ob caus. dator. L. 1. Cod. de donat. quae sub modo.* S. WERNHER lectissim. Commentat. in Pand. h. t. §. 3. und CARRACH Adnotat. ad *Böhmeri* doctrinam de actionibus pag. 254. not. x.

47) *Ulric.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Dig. h. t. §. 4. u. a. m.

48) S. *Reinh.* BACHOVIUS de Actionib. Disp. IV. Th. 19. und *Io. van* NECK Diss. ad L. ult. D. de cond. c. d. c. n. s. *Lugd. Bat. 1735.* (in *Gerh.* OELRICHS Thes. nov. Dissertat. iurid. Belgicar. Vol. II. Tom. II. Nr. 10.) Cap. III. pag. 410.

49) Man sehe hier vorzüglich *Hug.* DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 24. Gleichwohl behauptet derselbe Donell cap. 22. daß den Erben diese Condiction ex causa poeniten-

eine datio ob causam der Billigkeit wegen so, daß derjenige, welcher in Rücksicht einer Gegenleistung etwas gegeben hat, sich stillschweigend die Zurückforderung vorbehalten habe, wenn die Gegenleistung nicht erfolgt. Daß sich die römischen Rechtsgelehrten die obligatio ob rem dati, re non secuta, wirklich so gedacht haben, erhellet nicht nur aus *L. 6. D. h. t.* wo **Ulpian** sagt: Et verisimile est, in hunc quoque casum eum, qui dat, *sibi prospicere*: nam, quasi causa non secuta, habere potest condictionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato; sondern es gehet auch hierauf die Bemerkung des **Pomponius**, wenn er *L. 13. §. 2. in fin. D. Commodati* sagt: Plerumque id accidit, ut extra id, quod ageretur, *tacita obligatio* nascatur, veluti, cum per errorem indebitum solvendi causa datur. Die meisten [50]) leiten zwar diese Klagen aus einem Quasi-Contract her, es ist aber diese Meynung von andern mit Recht verworffen worden [51]).

Die

nitentiae nicht gestattet worden sey. Allein ich glaube, daß sich gerade hieraus ein neuer Grund, das Gegentheil zu behaupten, hernehmen läßt. HUBER in Praelection. ad Pand. h. t. §. 6. sagt sehr gründlich: *Si verum est, hoc tacite inter partes agi, ut, quamdiu causa non est secuta, liceat repetere, quod datum est, nihil causae videtur esse, cur idem heredibus ex natura omnium conventionum non sit permittendum.*

50) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 5. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 4. *van* NECK cit. Diss. Cap. 3. pag. 410. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 11. und diejenigen, welchen bereits oben Not. 16. S. 9. angeführt worden sind.

51) S. HUBER c. l. §. 3. in Respons. ad Schol. 2. und HÜBNER de natura obligationum, quae quasi ex contr. et quae quasi ex del. nascuntur. Cap. III. pag. 46.

Die Klage geht nun nicht nur auf Zurückgabe des Empfangenen, sondern auch auf Früchte und Accession, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 7. §. 1. D. h. t. Fundus dotis nomine traditus, si nuptiae insecutae non fuerint, condictione repeti potest: *Fructus quoque condici poterunt.* Idem iuris est de ancilla et *partu* eius.

L. 12. D. eod. Cum quis mortis causa donationem, cum convaluisset donator, condicit, *fructus quoque donatarum rerum*, et *partus*, et *quod adcrevit rei donatae*, repetere potest.

Und zwar können die Früchte nicht nur von Zeit der erhobenen Klage an, sondern auch die vorher gezogenen Früchte gefordert werden [52]), wie aus *L. 38. §. 1. D. de usuris* erhellet, wo **Paulus** sagt: Et quidem, si fundus ob rem datus sit, veluti dotis causa, et renunciata adfinitas, *fructus quoque restituendi sunt*: utique hi, qui percepti sunt *eo tempore*, *quo sperabatur adfinitas*: sed et *posteriores*, si in re mora fuit, ab illo, qui reddere debeat, omnimodo restituendi sunt.

Auf Zinsen hingegen geht die Klage nicht [53]). Viele [54]) setzen den Grund darin, weil diese Klage eine actio

52) *de* RETES Opuscul. Lib. II. Sect. III. cap. 6. n. 2. sqq. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 296.

53) Arg. *L. 4. C. de condict. ob turp. caus. L. 1. Cod. de condict. indeb. Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 7. §. ult. D. h. t. und de RETES c. l. nr. 4.

54) S. HUBER in Praelect. ad h. t. §. 7. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 2. *van* NECK cit. Diss. Cap. III. in fin. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3097. u. a. m.

actio stricti iuris sey. Allein dieser Meynung widerspricht Paulus, welcher *L.* 65. §. 4. *D. de condictione indeb.* ausdrücklich sagt: Quod ob rem datur, *ex bono et aequo* habet repetitionem. Es scheint vielmehr gerade die Billigkeit, worauf die Klage gebauet ist, die Gesetzgeber bewogen zu haben, den Beklagten von der Verbindlichkeit zur Zinsenvergütung zu befreyen. Denn es sind nur zwey Fälle denkbar, der Beklagte hat entweder Zinsen erhoben, oder nicht. Im ersten Falle hatte er ja das Geld auf seine Gefahr ausgeliehen, und es ist daher auch billig, daß er die Zinsen behalte [55]), und da ihm das Eigenthum des Geldes war übertragen worden, so konnte er solches auch von Rechtswegen ausleihen. Anderer Meinung ist zwar Cocceji [56]) aus dem Grunde, weil usurae perceptae den Früchten gleich geachtet würden. Er beruft sich deshalb auf die *L.* 34. *D. de usuris*, wo gesagt wird: Usurae vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari: et ita in legatis et in tutelae actione, et in caeteris iudiciis bonae fidei servatur. Allein offenbar gehört diese Stelle nicht hieher, sondern redet bloß von den Fällen, wo die Zinsen eben so, wie die Früchte, wegen des Verzugs des Schuldners oder sonst aus Gründen der Billigkeit vom Richter zuerkannt werden können. Daß ausserdem usurae perceptae nicht schlechterdings wie Früchte betrachtet werden können, lehrt Pomponius *L.* 121. *D. de Verb. Significat.* wo er sagt: *Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est:*

55) *L.* 67. §. 1. *D. pro Socio. L.* 10. §. 8. *D. Mandati. L.* 62. *D. de Rei vindic.*

56) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 13.

est: quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione [57]). In dem oben angegebenen letzten Falle hingegen, da der Beklagte von dem empfangenen Gelde keinen weitern Vortheil gehabt hat, ist vollends kein Grund vorhanden, aus welchem Zinsen gefordert werden könnten, sofern nicht dem Beklagten bey der Restitution des Empfangenen ein Verzug zur Last fällt. Nam in bonae fidei iudiciis ex mora usurae debentur [58]). Aus der stillschweigenden Convention, woraus die Verbindlichkeit zur Zurückgabe des Empfangenen, wegen nicht erfolgter Gegenleistung, hergeleitet wird, läßt sich wenigstens kein Grund hernehmen, aus welchem der Beklagte zu einer Vergütung der Zinsen verurtheilt werden könne, cum usurae non natura, sed iure percipiantur [59]).

Ist die gegebene Sache durch des Beklagten Schuld zu Grunde gegangen, so kann deren Werth gefordert werden [60]).

Daß übrigens die Klage auf die Erben gehet, leidet keinen Zweifel [61]).

§. 823.

57) S. *Io.* GOEDDAEI Commentar. in Tit. Dig. de Verbor. Signif. ad L. 121. cit. pag. 859.

58) *L. 32. §. 2. D. de usuris.* S. EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. Qu. 13. not. c.

59) L. *62.* D. *de Rei vindicat.*

60) *L. 15. D. h. t. iunct. L. 65. §. 6. D. de condict. indeb.* S. *Franc.* DUARENUS in Comment. ad h. Tit. Dig. Cap. 6. *Operum* pag. 900. und *van* NECK cit. Diss. ad L. ult. D. h. t. Cap. III. in fine.

61) *L. 2. et 3. Cod. de condict. ob caus. dator.*

§. 823.

Fälle, wo die Condictio c. d. c. n. s. nicht Statt findet.

Die Condictio ob causam datorum fällt weg,

1) wenn der Gebende einen unerlaubten Zweck zu erreichen suchte. Z. B. Es hat jemand, um eine Erbschaft antreten zu können, einem Dritten Etwas gegeben, weil er unter dieser Bedingung zum Erben eingesetzt worden ist. Er behält aber die Erbschaft nicht, weil bewiesen wurde, daß das Testament auf eine betrügerische Art von ihm erschlichen worden sey. Hier kann er das zur Erfüllung der Bedingung Gegebene nicht zurückfordern. Auf diesen Fall deutet ohne Zweifel die *L. 2. D. h. t.* hin, wo Hermogenian sagt: Sed et si falsum testamentum *sine scelere eius, qui dedit*, vel inofficiosum pronunciatum sit, veluti causa non secuta, decem repetentur; und Joseph Finestres [62]) erklärt diese Stelle ganz richtig, wenn er daraus folgenden Satz ableitet: *Itaque si heres, qui conditionis implendae causa dedit, testamentum confinxerit, falsisque testibus signandum curaverit, aut ipse sua manu exheredationem nominatim filii vel aliarum personarum adscripserit, aut posterius testamentum suppresserit, aut celaverit, ut solum appareret prius, in quo ipse institutus erat, aut denique simile quid fecerit, vel faciendum curaverit, quod vindicatur Lege Cornelia de falsis, L. 2. L. 4. §. 1. L. 6. §. 1. et passim Tit. de Lege Cornel. de fals. condictionem datorum non habebit: nam cum turpis sit datio eius pecuniae, quam dolo malo dedit, quo fieri heres posset ex falso testamento; merito inhibetur repetitio, tametsi eius quoque,*

62) In Hermogenian. ad h. L. 2. pag. 436.

que, qui accepit, versaretur turpitudo. L. 3 §. 8. D. de condict. ob turp. caus. L. ult. D. de condict. sine causa.

2) Wenn der Geber selbst daran Schuld war, daß der Zweck auf Seiten des Empfängers nicht erfüllet wurde. Z. B. es ist ein Heyrathsgut in Rücksicht einer künftigen Ehe gegeben, oder einem Schuldner in dieser Rücksicht von seiner Gläubigerin die Schuld erlassen worden; sie hat sich aber nachher mit einem andern verheyrathet. Hier findet keine Zurückforderung Statt. Wo jedoch das römische Recht die Condiction aus bloßer Reue gestattet, welches aber freylich bey der dotis datio nie der Fall war[63]), da kommt es auf die bloße Bereitwilligkeit des Beklagten, die Gegenleistung zu erfüllen, nicht an, sondern die Klage auf Zurückgabe des Empfangenen ist gegründet, sobald der Geber seine Sinnesänderung erklärt hat, wenn gleich der Beklagte schon Anstalten zur Erfüllung gemacht haben sollte, und der Kläger ist blos zur Schadloshaltung des Beklagten verbunden[46]). Z. B. wenn A dem B eine gewisse Summe gegeben hätte, um für ihn eine Reise zu machen, B auch schon alles Erforderliche veranstaltet, und sich Kosten gemacht hätte; so kann dennoch A, wenn er sich nachher anders besinnt, die Reise absagen, und das Gegebene zurückfordern, er muß nur dem B. die bereits gemachten Kosten vergüten[65]). Nur dann wird dem Geber

63) *L. 8. D. h. t. L. 15. Cod. de donat. ante nupt.* DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XIV. cap. 23.

64) *L. 5. pr. et §. 1. D. h. t.* de RETES Opuscul. Lib. II. Sect. III. cap. 3. nr. 7. sqq.

65) S. Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. Band §. 1368. Nr. 8.

ber die Klage abgesprochen, wenn die von dem Empfänger gemachten Verwendungen dem Empfangenen gleich kommen [66]). Zuweilen kann sogar der Grund der causae non secutae in der eigenen Handlung des Gebers liegen, und doch eine Zurückforderung des Gegebenen Statt finden, wenn nämlich diese Handlung blos von seiner Willkühr abhieng, und nur das Geben die Bedingung war, um diese Handlung vornehmen zu können. Z. B. Der Erbe giebt einem Dritten eine Summe Geld, um eine Bedingung zu erfüllen, unter welcher ihm eine Erbschaft hinterlassen worden ist, die er anders nicht antreten und erhalten kann. Er schlägt aber dennoch nachher die Erbschaft aus, so kann er das Gegebene zurückfordern, wenn es auch gleich blos an ihm lag, daß er die Erbschaft nicht erhielt [67]). Aus allem gehet also so viel hervor, daß in dem Falle, da der Geber selbst die Realisirung der causa hinderte, die Klage auf Zurückgabe des Empfangenen nur alsdann wegfällt, wenn der Geber selbst zur Beförderung des Zwecks rechtlich verbunden war [68]), oder das Gegebene blos der Sinnesänderung wegen nicht zurück gefordert werden konnte.

3) Wenn die gegebene Sache durch Zufall zu Grunde gegangen ist.

4) Wenn unter der Bedingung einer Gegenleistung ein Factum geleistet worden ist. Hier kann bloß auf Erfüllung oder Leistung des Interesse geklagt werden, und zwar mit der actio in factum praescriptis verbis, oder auch

66) *L. 5. D. h. t.*

67) *L. 1. §. 1. D. h. t.* S. de RETES Opusc. Lib. II. Sect. III. cap. II. nr. 2.

68) S. DONELLUS in Commentar. cit. loc. pag. 717.

auch mit der actio doli, wenn ein offenbarer dolus vorhanden ist, welche sodann jener Klage vorgezogen werden muß[69]).

5) Wenn dem Empfänger die Gegenleistung unmöglich ist. Dictam legem donationi, sagt *L.* 8. *Cod. de condict. ob causam dator.* si non impossibilem contineat causam, ab eo, qui hanc suscepit, non impletam, condictioni facere locum, iuris dictat disciplina[70]). Doch fällt hier die Condiction nicht schlechterdings weg, sondern es ist zu unterscheiden. Die Unmöglichkeit war entweder

I.) gleich Anfangs vorhanden. Hier kommt es wieder darauf an,

a) ob der Gebende das Hinderniß wußte. Dann findet die Condiction nicht Statt, weil anzunehmen ist, der Gebende habe schenken wollen[71]). Von diesem Falle erklärt man die angeführte *L.* 8. *Cod. h. t.*[72]).

b) Dem

69) *L.* 5. §. 3. *L.* 15. *in fin. D. de praescript. verb.* verglichen mit *L.* 2. *D. eodem. L.* 6. *Cod. de Transact.* S. BÖHMERI Doctr. de actionib. Sect. II. cap. IX. §. 12. et 13.

70) In den *Basilicis* Lib. XXIV. Tit. I. Constit. 36, bey FABROT. Tom. III. pag. 505. heißt es: Τὸ δοθὲν ἐπὶ αἰτίᾳ μὴ ἀδυνάτῳ τῆς αἰτίας μὴ προβαινούσης ἀντιστρέφεται. i. e. *Quod donatur sub causa non impossibili, causa non secuta repetitur.*

71) *L.* 53. *D. de Reg. iuris.* Einen andern Grund giebt *de* COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 8 an, nämlich quia causa habetur pro praestita. Allein wollte man diesen Grund annehmen, so würde es darauf nicht weiter ankommen, ob der Geber die Unmöglichkeit gewußt habe, oder nicht.

72) S. DONELLUS in Comment. iuris civ. Lib. XIV. cap. 23. pag. 716. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 7. *de* RETES Opus-

b) Dem Geber war das Hinderniß unbekannt, oder er hielt wenigstens die Realisirung der Causa unter gewissen Umständen für möglich. Hier kann das Gegebene zurück gefordert werden, wenn auch die Gegenleistung wegen eines gesetzlichen Verbots nicht möglich war; wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 1. Cod. de cond. ob caus. dator. Pecuniam, quam te ob dotem accepisse pacto interposito, (ut fieri, cum iure matrimonium contrahitur, adsolet) proponis, impediente quocunque modo iuris auctoritate matrimonio, iure condictionis restituere debes: et pactum, quod ita interpositum est, perinde ac si interpositum non esset, haberi oportet.

L. 5. Cod. eodem. Si militem ad negotium tuum procuratorem fecisti, cum hoc legibus interdictum sit, ac propter hoc pecuniam ei numerasti: quicquid ob causam datum est, causa non secuta, restitui tibi competens iudex curae habebit.

Es erhellet aus diesen Stellen, daß es darauf nicht ankommt, ob die Unwissenheit in Ansehung des Hindernisses das Recht selbst, oder das Factum betrift. Denn das Gesetz macht keinen Unterschied. Anderer Meinung ist zwar Voet [73]). Dieser unterscheidet nämlich, wenn die causa auf Seiten des Empfängers wegen eines gesetzlichen Verbots nicht möglich war, ob der Geber das gesetzliche Verbot selbst nicht kannte, oder ob ihm blos das factische Ver-

Opusculor. Lib. II. Sect. II. cap. IX. nr. 5. bey MEERMAN Tom. VI. pag. 140. MALBLANC Digest. h. t. P. II. §. 485.

73) Commentar. ad Pand. h. t. §. 7.

Verhältniß der Personen unbekannt war, welche das Verbot angehet. Im ersten Falle finde keine Zurückforderung des Gegebenen Statt, weil die Unwissenheit des Rechts immer demjenigen zur Last falle, der etwas vermöge derselben gegeben hat, ohne das Gegebene zurückfordern zu können [74]). In dem andern Falle hingegen sey die Condiction begründet, und von diesen Fällen erklärt er die beyden oben angegebenen Gesetze. Allein die *L.* 10. *C. de iur. et facti ignor.* redet von der Bezahlung einer Nichtschuld. Nun lassen sich aber die Grundsätze von der condictio indebiti hier nicht anwenden, wo von einer datio ob causam futuram die Rede ist, wenn man auch ganz davon absieht, daß es selbst bey der condictio indebiti Fälle giebt, wo die Unwissenheit des Rechts der Zurückforderung der Nichtschuld nicht entgegensteht [75]). Schon selbst die *L.* 9. *D. de iuris et facti ignor.* worauf sich **Voet** beruft, sagt ausdrücklich, daß es Personen gebe, denen die Unwissenheit des positiven Rechts nichts schade, wenn sie dadurch einen Verlust an ihrem Vermögen leiden würden: z. B. Frauenspersonen, Minderjährige und Soldaten. Hierzu kommt nun noch der Ausspruch **Papinians**, welcher *L.* 7. *D. de iuris et facti ignor.* die Regel giebt: Iuris ignorantia *suum petentibus* non nocet; diese Regel findet aber hier um so mehr Anwendung, da sie mit der Billigkeit übereinstimmt, welche die Gesetze bey dieser Klage hauptsächlich zum Maasstabe angenommen haben. Es muß nur aber freylich die Unwissenheit keine grobe und affectirte seyn [76]).

74) Arg. *L. 10. Cod. de iuris et facti ignor.* et *L. 9. D. eodem.*
75) S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3088.
76) *L. 6. L. 9. §. 2. et 3. D. de iuris et facti ignor.*

Noch weniger läßt sich jedoch die Meinung des Cocceji [77]) rechtfertigen, welcher auch nicht einmal in dem Fall die Condiction gestatten will, wo der Geber nicht gewußt hat, daß die Gegenleistung in facto unmöglich sey, sofern dem Empfänger dabey keine Schuld zur Last fällt. Denn die *L.* 10. *Cod. h. t.* worauf er seine Meinung gründet, gehört offenbar nicht hierher, sondern redet von einem besondern Falle, wo durch Zufall die Gegenleistung war verhindert worden [78]). Ob übrigens der Empfänger die Unmöglichkeit der causa gewußt habe, oder nicht, darauf kommt nichts an; so wie es denn auch in Absicht auf die Begründung der Klage keinen Unterschied macht, ob die Erfüllung der causa wegen ihrer Unmöglichkeit ganz unterblieb, oder der Versuch, sie zu erfüllen, ohne Wirkung war. Beydes erläutert Ulpian *L.* 3. §. 5. *D. h. t.* durch folgendes Beyspiel: Si liber homo, *qui bona fide serviebat*, mihi pecuniam dederit, ut eum manumittam, et fecero; postea liber probatus, an mihi condicere possit, quaeritur? et JULIANUS *libro XI. Digestorum* scribit, competere manumisso repetitionem. NERATIUS etiam *libro Membranarum* refert, Paridem Pantomimum a Domitia Neronis filia decem, quae ei pro libertate dederat, repetiisse per iudicem: *nec fuisse quaesitum, an Domitia sciens liberum accepisset.* Hier war nun zwar die Manumission erfolgt, man hätte also glauben sollen, die condictio ob causam datorum sey hier nicht begründet. Denn die Gesetze halten ja auch bey letzten Willensverordnungen die Bedingung der Manumission für erfüllt, wenn sie

77) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 9.

78) S. EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. u. Tom. II. p. 184.

sie gleich an sich eine ganz vergebliche Handlung gewesen wäre. Genug, wenn sie nach dem Willen des Erblassers geschehen ist [79]). Warum sollte es bey Verträgen anders seyn? Allein es ist hier nicht gleicher Grund vorhanden. Bey den letzten Willensverordnungen ist es genug, wenn dem Willen des Erblassers ein Genüge geschieht, es geschehe mit oder ohne Wirkung [80]). Allein einen Contract pflegt man nicht um einer vergeblichen Handlung willen zu schliessen, noch dem Andern deshalb etwas zu geben [81]).

II.) Ist hingegen die Unmöglichkeit der Gegenleistung erst in der Folge eingetreten, so war entweder

a) der Empfänger selbst daran Schuld. Hier kann das Gegebene condicirt werden. Advocationis causa datam pecuniam, sagt *L* 11 *Cod de condict. ob causam dator.* si per eos, qui acceperant, quominus susceptam fidem impleant, stetisse probetur, restituendam esse convenit. Oder

b) die Gegenleistung ist durch einen Zufall gehindert worden. Hier ist es streitig, ob die Zurückforderung des Gegebenen Statt finde. Einige [82]) läugnen dieses, und berufen sich auf die *L.* 10. *Cod. h. t.* wo gesagt wird: Pecuniam

79) *L.* 20. *§. 1. D. de condit. institut.*

80) *L. 55. D. de condit. et demonstrat.*

81) S. *de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. II. cap. 8. nr. 2. et 3. (bey MEERMAN Tom. 17. pag. 136.)

82) *Barthol.* CHESIUS Differentiar. iuris cap 51. nr. 1. (in Iurisprud. Rom. et Attic. Tom. II. pag. 783.) und *Guil.* RANCHINUS variar. Lection. Lib. III. cap. 8. in *Io. Herm.* SCHMINCKII *Syntagm. crit. varior. Auctor.* pag. 83. sq.

cuniam a te datam, si haec causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed *fortuito casu* non est secuta, *minime repeti posse*, certum est. Andere [83]) hingegen nehmen die entgegengesetzte Meinung zur Regel an, und gründen sich auf die *L.* 5 und *L. ult. D. h. t.* Die widerstreitenden Gesetze hingegen erklären sie bloß von Ausnahmen. Noch andere [84]) unterscheiden zwischen der Condictio ob causam non secutam, und ex causa poenitentiae. Erstere falle weg, wenn es nicht an dem Empfänger gelegen, daß die Gegenleistung nicht erfolgte, letztere aber habe ohne Unterschied Statt, die Gegenleistung möge durch des Empfängers Schuld, oder durch Zufall gehindert worden seyn. Sie glauben dieser Unterschied sey in der *L.* 3. §. 3. und *L.* 5. *pr. D. h. t.* klar gegründet, und so könnten die sich widerstreitenden Gesetze leicht vereiniget werden. Allein die angeführten Gesetze kennen diesen Unterschied nicht. Es ist die nämliche Condiction, welche ob causam non secutam und ex capite poenitentiae angestellt wird, wie auch schon Retes [85]) bemerkt hat. Man hat nur den Zweifelsgrund, den **Ulpian** doch in der *L.* 5. *pr. D. h. t.* in den Worten: cum per te non steterit, potest dici, repetitionem cessare, so deutlich ausdrückt, mit dem Entscheidungsgrunde verwechselt, ohne sich zu erinnern, daß diese

83) *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 21. und MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 486.

84) *Iac.* CUJACIUS Recitat. in L. 1. Cod. de condict. ob caus. dator. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. in fin. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 3096.

85) Opusculor. Lib. II. Sect. II. cap. 7. nr. 9. und Sect. III. cap. 3. nr. 6.

diese Stelle aus Ulpians libris Disputationum entlehnt sey. Daher wollen Andere [86]) vielmehr unterscheiden, ob sich der Empfänger zum Schaden des Gebers bereichern würde, wenn er das Empfangene behielte, oder nicht, im ersten Falle finde die Zurückforderung des Gegebenen Statt, in letzterm Falle aber nicht. Vergleichen wir alle die hierüber in dem römischen Rechte vorhandenen Gesetze, so handeln sie, wie auch Struv [87]) sehr richtig eingesehen hat, eigentlich von zwey Fällen, nämlich

α) wenn sich der Empfänger zur Leistung eines Factums verpflichtet hat, und diese durch Zufall unmöglich wird. Hier kann man als Regel annehmen, daß das Gegebene zurückgefordert werden könne, soweit der Empfänger dadurch bereichert ist, ohne Unterschied, der Casus habe die Person des Empfängers betroffen, oder den Gegenstand der Leistung. Diese Regel hat ihren Grund in der eigenen Natur der ungenannten Contracte. Die Gesetze gehen zwar zunächst von dem Grundsatz aus, daß bey diesen Contracten, die durch eine datio ihre Existenz erhalten, die bloße Sinnesänderung demjenigen, welcher den Contract erfüllet hat, ein Recht gebe, davon wieder abzugehen. Allein es läßt sich bey diesen Contracten das Recht zur Zurückforderung des Gegebenen auch aus dem natürlichen Grund rechtfertigen, weil hier die datio immer unter der Voraussetzung geschieht, daß von Seiten des Empfängers die Gegenleistung erfolge, wie ich schon bey einer andern

86) *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. XLII. Th. 9.

87) Syntagm. iuris civ. Exercit. XVIII. Th. 10.

Gelegenheit gezeigt habe [88]. Es finden jedoch folgende Ausnahmen Statt.

aa) Wenn der Geber bey der Leistung des Factums kein weiteres pecuniäres Interesse hatte, sondern ihm blos darum zu thun war, daß sein Wille binnen einer bestimmten Zeit erfüllet werde. Hier fällt die Zurückforderung weg, wenn der Zufall noch vor dem Ablauf dieser Zeit die Leistung des Factums, wozu der Empfänger bereit war, unmöglich machte. Ein anders wäre, wenn der Zufall erst nach Ablauf dieser Zeit sich ereignet hätte. Hierher gehört folgende Gesetzstelle.

L. 3. §. 3. *D. h. t.* Quid si ita dedi, *ut intra certum tempus manumittas?* Si nondum tempus praeteriit, inhibenda erit repetitio, nisi poeniteat: quod si praeteriit, condici poterit. *Sed si Stichus decesserit*, an repeti, quod datum est, possit? PROCULUS ait, si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse: *si minus, cessare.*

Ulpian behauptet sogar, daß in diesem Falle die bloße Bereitwilligkeit, das Factum zu leisten, der causae secutae dergestalt gleichzuachten sey, daß wenn auch deswegen nichts gegeben, sondern blos Etwas versprochen worden sey, mit der actio in factum auf die Erfüllung des Versprechens geklagt werden könne. Quin imo, sagt er §. 4. der angeführten *L.* 3. *h. t.* etsi nihil tibi dedi, ut manumitteres; placuerat tamen, ut darem, *ultro tibi com-*

88) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 326. a. S. 372. ff.

competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur, id est, condictionem [89]), defuncto quoque eo.

bb) Wenn der Empfänger, um das versprochene Factum zu realisiren, bereits einen dem Empfangenen gleichkommenden Aufwand gemacht hat. Hier findet keine Zurückforderung Statt. Ist der Aufwand so beträchtlich nicht, so ist zwar die Condiction begründet, jedoch kann der Empfänger dem Kläger die bereits gehabten Unkosten anrechnen, wie folgende Gesetzstelle beweißt.

L. 5. *pr. D. h. t.* Si pecuniam ideo acceperis, *ut Capuam eas*, deinde parato tibi ad proficiscendum conditio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quominus proficiscereris: an condici possit, videndum? Et cum per te non steterit, potest dici, repetitionem cessare. Sed cum liceat poenitere ei, qui dedit, procul dubio repetetur id, quod datum est: nisi forte tua intersit, non accepisse te ob hanc causam pecuniam. *Nam si ita res se habeat, ut licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, ut necesse*

89) Cujaz hält die Worte id est, condictionem für ein Glossem, Anton Faber aber in Rational. den ganzen §. 4. für einen Tribonianismus. Andere hingegen erklären diese Stelle von einer Stipulation, z. B. *Barth.* CHESIUS Differentiar. iuris Cap. 51. nr. 8. Alle diese Meinungen hat jedoch *Ios. Fernand. de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. I. cap. 9. nr. 9. und Sect. II. cap. 7. nr. 3. sqq. widerlegt. Die Condictio, von welcher hier Ulpian redet, ist unstreitig die condictio certi, wie aus *L. 9. D. de reb. credit.* erhellet, wo gesagt wird: *Certi condictio* competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur; sive ex certo contractu petatur, sive *ex incerto.*

habeas proficisci, vel sumtus, qui necessarii fuerunt ad profectionem, iam fecisti, ut manifestum sit, te plus forte, quam accepisti, erogasse, condictio cessabit: sed si minus erogatum sit, condictio locum habebit; ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur eius, quod expendisti.

cc) Wenn die Erfüllung des Contracts selbst den Zufall, wodurch die Gegenleistung unmöglich geworden ist, veranlaßt hat.

L. 5. §. 3. D. h. t. Sed si accepit pecuniam, *ut servum manumittat*, isque fugerit prius, quam manumittatur, videndum, an condici possit, quod accepit? *Et siquidem distracturus erat hunc servum, et propter hoc non distraxit;* quod acceperat, ut manumittat, non oportet ei condici. — Quodsi distracturus non erat eum, oportet id, quod accepit, restitui; *nisi forte diligentius eum habiturus esset, si non accepisset*, ut manumitteret: tunc enim non est aequum, eum et servo et toto pretio carere.

L. 5. §. 4. D. eod. Sed ubi accepit, *ut manumitteret*, deinde servus decessit: si quidem moram fecit manumissioni, consequens est, ut dicamus, refundere eum, quod accepit. *Quodsi moram non fecit, sed, cum profectus esset ad Praesidem, vel apud quem manumittere posset, servus in itinere decesserit, verius est, si quidem distracturus erat, vel quo ipse usurus, oportere dici, nihil eum refundere debere:* enimvero si nihil eorum facturus, ipsi adhuc servum dicimus obiisse, decederet enim, et si non accepisset, ut manumitteret; *nisi forte profectio manumissionis gratia, morti causam praebuit, ut vel a latronibus sit interfectus, vel ruina in stabulo oppressus, vel*

vehi-

vehiculo obtritus, vel alio quo modo, quo non periret, nisi manumissionis causa proficisceretur.

Endlich

dd) wenn einem Advocaten die Belohnung für die Führung eines Processes voraus bezahlt worden, so findet keine Zurückforderung Statt, wenn dieser vor Beendigung der Sache stirbt; welches unstreitig in einer besondern Begünstigung seinen Grund hat, wenn gleich in den Gesetzen ein allgemeiner Grund angegeben wird.

L. 38. §. 1. *D. locati.* Advocati quoque, *si per eos non steterit*, quominus causam agant, honoraria reddere non debent.

L. 1. §. 13. *D. de extraord. cognit.* Divus *Severus* ab heredibus advocati, mortuo eo, prohibuit mercedem repeti: *quia per ipsum non steterat*, quominus causam ageret.

Daß diese Verordnung von der Regel des gemeinen Rechts abweicht, erhellet ganz klar aus *L.* 15. §. 6. *D. Locati*, wo es heißt: Cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua [90]) acceperat, repeteretur [91]); rescriptum est ab *Antonino* Augusto, non immerito Procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit. *Quod in omnibus personis similiter observandum est.*

Nun

90) Die Haloandrine lieset pro invecto nauta. Allein die florentinische Leseart hat aus den Basiliken und dem Harmenopulus vertheidiget *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. s. Disputat. hebdomadal. ad Pand. Diss. XVII. §. 3.

61) Haloander lieset *repeteret.*

Nun scheint zwar freylich die oben angeführte *L.* 10. *Cod. de condict. ob caus. dator.* zu widerstreiten, in welcher es als eine bekannte Wahrheit angenommen wird, daß keine Zurückforderung des Gegebenen Statt finde, *si haec causa, pro qua pecunia data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta.* Allein die Worte: minime repeti posse *certum est*, geben uns den bündigsten Beweis, daß dieses Gesetz nicht als ein correctorisches angesehen werden kann. Das Gesetz ist ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian. Da nun die Kaiser in ihren Rescripten mehrentheils nur nach dem gemeinen Recht sprachen und entschieden; so muß dieses Gesetz, um es mit dem Pandecten-Recht zu vereinigen, und diesem gemäß zu erklären[92]), nothwendig von einem solchen Falle verstanden werden, wo aus einem besondern Grunde die Zurückforderung des Gegebenen wegfällt, und dieses um so mehr, weil hier das den Kaisern vorgelegte Factum ganz weggelassen ist[93]). Nun sind zwar die Rechtsgelehrten über den Fall selbst nicht einverstanden. Hugo Donellus[94]) glaubt, das Wort *causa* sey hier nicht für Zweck, sondern für Proceß zu nehmen, weil es heiße: *causa, pro qua,* (nicht ob quam) *pecunia data est;* wahrscheinlich sey also hier von einer für die Führung eines Processes vorausbezahlten

92) S. THIBAUT Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts. §. 38.

93) S. *van* NECK Diss. ad L. ult. D. h. t. Cap. 3. (in *Ger.* OELRICHS Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar. Vol. II. T. II. pag 414.) und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. VI. not. n.

94) Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 21. pag. 713. sq.

zahlten Belohnung die Frage gewesen, weil in diesem Falle aus einer besondern Begünstigung der Advocaten nach den oben angeführten Stellen der Pandecten keine Zurückforderung Statt findet, wenn der Advocat vor Endigung des Processes stirbt. Allein diese Erklärung streitet gegen den Sprachgebrauch. Wäre hier von der Führung eines Processes die Rede gewesen, so hätte es nicht heissen können: *causa non est secuta*, sondern *causa non est acta*, wie sich **Donellus** auch selbst diesen Einwurf gemacht hat. Er versucht daher das Gesetz mit Hülfe einer Emendation noch auf eine andere Art zu erklären. Er lieset nämlich statt *si haec* causa mit Russard *licet* causa, und verwandelt das *minime* in *minimum*, so daß nun der Sinn des Gesetzes dahin gehe, wenn Geld zu einem bestimmten Zweck gegeben worden, und dieser nicht erfolgt ist, so könne wenigstens das Gegebene zurück gefordert werden, wenn gleich der Empfänger nicht durch seine Schuld, sondern blos durch Zufall an Erfüllung des Zwecks wäre gehindert worden. Es scheint mir aber dieser Versuch eben so, wie jene erste Erklärung, mißlungen zu seyn. Denn wenn gleich die Leseart *licet*, statt *si haec*, nach Russards Zeugniß, die Auctorität mehrerer von ihm verglichener Handschriften für sich hat, und auch noch überdem durch die Basiliken[95]) bestärkt werden kann; so läßt sich doch die Ver-

95) Lib. XXIV. Tit. I. Const. 38. Tom. III. pag. 506. Τὰ δοθέντα χρήματα, ἐι καὶ ἡ αἰτία ὑπὲρ ἧς ἐδόθησαν μὴ παρ' αἰτίαν τȣ̃ λαβόντος, ἀλλὰ κατὰ τύχην ἐνεποδίσθη, ȣ̓κ ἀναλαμβάνονται. i. e. *Pecunia data, licet causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu impediatur, non repetitur.*

Verwandlung des negativen Sinnes in einen affirmativen durch Substitution des Worts *minimum* gegen die Auctorität sowohl aller bis jetzt bekannten Handschriften und Ausgaben, als insonderheit der Basiliken durchaus nicht rechtfertigen, wie auch Retes 96) bemerkt hat. Retes legt dagegen, statt eine Aenderung in den Worten vorzunehmen, gerade auf die Worte: *si haec causa* ein vorzügliches Gewicht, um zu beweisen, daß das Gesetz keine allgemeine Regel enthalte, sondern einen besondern Fall entscheide. Er selbst erklärt nun das Gesetz von dem oben sub litt. aa. angeführten Falle. Noch andere 97) substituiren den Fall sub litt. cc. Genug die meisten Rechtsgelehrten sind darin einverstanden, daß das Gesetz von einem der oben ausgenommenen Fälle zu verstehen sey, wo nach bekannten Rechtsgrundsätzen, welche die Kaiser bey ihrer Entscheidung befolgt haben, die Zurückforderung des Gegebenen wegfällt 98).

β) Es sollte für das Empfangene eine bestimmte Sache gegeben werden, und diese ist durch Zufall zu Grunde gegangen. Hier kann das Gegebene zurück gefordert werden, wie die *L. ult. D. h. t.* ausser allem Zweifel setzt, wo Celsus sagt: Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares; utrum id contractus genus pro portione emtionis et

96) Opusculor. Lib. II. Sect. II. Cap. 7. nr. 10. bey MEERMAN Tom. VI. pag. 133.

97) S. *van* NECK cit. Diss. ad L. ult. D. h. t. Cap. III. p. 414. und EMMINGHAUS c. l.

98) Vergl. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. XLII. Th. 9. und den 4. Th. dieses Commentars §. 326. b. S. 386. Not. 59. a. E.

et venditionis est? an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum. *Et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum: quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares.* Nun lehrt zwar **Paulus** *L.* 5. §. 1. *D. de praescript. verb.* daß derjenige, welcher den Contract seiner Seits erfüllet hat, wegen der als Gegenleistung versprochenen Sache das periculum tragen müsse; woraus denn viele haben schließen wollen, daß das Empfangene auch nicht wieder zurück gefordert werden könne [99]. Allein **Paulus** redet blos von der actione in factum praescriptis verbis, nicht von der condictione ob causam datorum, und will nur soviel sagen, daß wegen der nicht erfolgten Gegenleistung kein Interesse gefordert werden könne, wenn dieselbe durch einen bloßen Zufall verhindert worden ist [100], wie aus dem ganzen Zusammenhange der angeführten Gesetzstelle erhellet, welche folgendermaßen lautet: Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emtio et venditio est. Sin autem rem do, ut rem accipiam: quia non placet, permutationem rerum emtionem esse, dubium non est, nasci civilem obligationem: in qua actione id veniet, *non ut reddas, quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit, accipere;* ut si meum recipere

99) *Guil.* RANCHINUS Variar. Lection. Lib. III. cap. 8. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag. 959.) *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. XLII. Th. 10. THIBAUT Syst. des P. R. 1. Th. §. 175. u. a. m.

100) S. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Anton. Fabrum* Lib. II. Tract. IV. Qu. 4. pag. 74. und diesen Commentar Th. IV. §. 326. b. Not. 59. S. 385. f.

cipere velim, repetatur, quod datum est, quasi ob rem datum, re non secuta. *Sed si scyphos tibi dedi, ut Stychum mihi dares, periculo meo Stychus erit, ac tu duntaxat culpam praestare debes.* Man muß hier, wie Hugo Donellus [1]) ganz richtig bemerkt, zwey ganz verschiedene Verbindlichkeiten unterscheiden; nämlich die Verbindlichkeit zur Gegenleistung, wegen welcher die actio praescriptis verbis Statt findet, und die Verbindlichkeit zur Zurückgabe des Empfangenen, wenn die Gegenleistung nicht erfolgt, weshalb die condictio ob rem dati begründet ist. Fällt nun auch gleich jene erstere weg, weil die Gegenleistung durch Zufall unmöglich gemacht wurde; so folgt doch noch nicht, daß auch deswegen die letztere wegfallen müsse. Cum enim duarum rerum diversae actiones sunt, etiam si idem debitor sit; nunquam tamen unius rei liberatione alterius obligatio aut actio consumitur [2]). Der Schade, den der Kläger wegen der nicht erfolgten Gegenleistung leidet, kann immer noch sehr erheblich seyn, wenn ihm auch das Gegebene restituirt werden muß.

§. 824.

Heutiger Gebrauch.

Wenn gleich die condictio causa data, causa non secuta heut zu Tage insofern wegfällt, als sie nach dem Römischen Recht um der bloßen Sinnesänderung willen gestattet wird [3]); so läßt sich doch in den übrigen Fällen der

1) Comm. iuris civ. Lib. XIV. cap. 21.

2) *L. 7. D. de condict. furt.*

3) *I. H.* BOEHMERI Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 5. §. 22. und *Christ. Aug.* GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati novi. Tom.

der Gebrauch derselben mit Grund nicht bezweifeln [4]). Viele [5]) wollen behaupten, daß die Klage heut zu Tage auch auf Zinsen gerichtet werden könne. Allein der Grund, daß diese Condiction bey den Römern keine actio bonae fidei gewesen, wie sie es heut zu Tage sey, scheint mir nicht hinreichend zu seyn, hierin von der Vorschrift des Römischen Rechts abzuweichen, weil selbst die Billigkeit, worauf schon die Römer bey dieser Klage hauptsächlich Rücksicht nahmen [6]), ein hinlänglicher Grund zu seyn schien, ausser den Verzugszinsen, sonst jede andere Zinsenforderung hier auszuschließen; wie bereits oben ausführlicher gezeigt worden ist (S. 28).

Tom. II. §. 1040. Man sehe auch den 4. Th. dieses Commentars. §. 313. S. 294.

4) S. Webers Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung Nr I. §. 11. S. 41. f. und Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 801. und §. 957. Man sehe auch *Io. Tob.* CARRACHII Meditat. ad *Boehmeri* doctr. de action. Sect. II. cap. 5. ad §. 20. pag. 254. sq.

5) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim CXLVII. medit. 4. SCHAUMBURG Comp. iur. Digest. h. t. §. 4. u. a. m.

6) *L. 65. §. 4. D. de condict. indebiti.* S. BOEHMERI Doctr. de action. Sect. II. cap. 5. §. 21. not. y.

Lib. XII. Tit. V.

De condictione ob turpem vel iniustam causam.

§. 825.

Was ist *causa turpis*? was *causa inhonesta*? Was ist *condictio ob turpem vel iniustam causam*?

Die andere Art der Condiction ist die *condictio ob turpem vel iniustam causam.* Ob unter dieser Benennung eine und ebendieselbe Klage, oder zwey verschiedene Klagen bezeichnet werden, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Viele [7]) behaupten das erstere, und verstehen unter *causa turpis* oder *iniusta* überhaupt einen unerlaubten oder rechtswidrigen Zweck auf Seiten desjenigen, der deswegen etwas von dem Andern angenommen hat. Allein daß die *Condictio ob turpem causam* von der *condictio ob iniustam causam* verschieden sey, erhellet daraus, weil von beyden Klagen in verschiedenen Titeln des Codex gehandelt wird, nämlich *Lib. IV. Tit. 7. de condictione ob turpem causam*, und *Tit. 9. de condictione ex lege et sine causa vel iniusta*

7) S. Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 1369. Schmalz Handbuch des Röm. Privatrechts. §. 730. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 307. HEINECCIUS Elem. iuris civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 48.

iniusta causa. Man wird sich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man die *L.* 1. mit *L.* 6. *et* 7. *D. h. t.* vergleicht. Hierin stimmen auch die meisten Rechtsgelehrten [8]) überein. Nur sind die Ideen sehr verschieden, wenn die Frage ist, was unter *causa turpis* und *causa iniusta* zu verstehen sey? Unser Hellfeld versteht unter der erstern einen solchen Zweck, welcher das vollkommene Recht des Andern verletzt, unter der letztern aber einen solchen, welcher gegen die Ehrbarkeit und guten Sitten streitet. Andere [9]) nennen *causa turpis*, was die natürlichen oder bürgerlichen Gesetze für schändlich erklären; hingegen *causa iniusta*, was zwar an sich nicht schändlich, aber doch der natürlichen Billigkeit zuwider ist. Die richtigste Erklärung ist wohl die, wenn man unter *causa turpis* dasjenige versteht, was zu einem erst künftig auszuführenden schändlichen oder rechtswidrigen Zweck gegeben worden; hingegen den Ausdruck *causa iniusta* von einer bereits ausgeführten ungerechten Handlung erklärt, wegen welcher Jemand etwas empfieng. Diese Erklärung, welche Wilhelm Ranchinus [10]) und Thibaut [11]) annehmen, rechtfertiget sich besonders aus folgenden Gesetzstellen.

8) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. et 4. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Pand. h. t. §. 2. et 15. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 2. et 14. FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. nr. 1. sqq. et n. 15. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 486.

9) FRANTZKE c. l. VOET c. l. LAUTERBACH c. l. SCHAUMBURG Comp. iur. Dig. h. t. §. 1.

10) Variar. Lection. Lib. III. cap. 18. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag. 974.)

11) Syst. des Pand. Rechts. 2. B. §. 966.

L. 1. *pr. D. h. t.* Omne, quod datur, aut *ob rem* datur, aut *ob causam* [12]): et ob rem, aut turpem aut honestam: turpem autem, aut ut dantis sit turpitudo, non accipientis; aut ut accipientis duntaxat, non etiam dantis; aut utriusque.

L. 6. D. eodem. Perpetuo SABINUS probavit veterum opinionem existimantium, *id quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici.* In qua sententia etiam CELSUS est.

L. 7. D. eodem. Ex ea stipulatione, quae per vim extorta esset, si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat.

Soviel nun also I) die *Condictio ob turpem causam* anbetrift, so versteht man darunter diejenige persönliche Klage, wodurch Etwas, was Jemand wegen eines auf Seiten seiner vorhandenen schändlichen oder ungerechten Zwecks empfangen hat, von diesem nebst allen Nutzungen und Accessionen zurückgefordert wird [13]). Um die Zuständigkeit dieser Klage näher zu bezeichnen, sind drey mögliche Fälle zu unterscheiden. Wenn etwas wegen eines auszuführenden schändlichen oder ungerechten Zwecks gegeben ward, so trift die Schande entweder

1) blos den Geber. Hier findet keine Zurückforderung Statt. **Ulpian** erläutert dieses *L.* 4. §. 3. *D. h. t.* durch folgen-

12) Man erinnere sich, was oben S. 10. Not. 24. von dem Unterschiede zwischen *res* und *causa* vorgekommen ist.

13) S. *Andr.* CLUDII Diss. de condictione ob turpem vel iniustam causam. *Helmst. 1608.* SCHRÖTER Diss eiusd. arg. *Ienae 1715.* PAU Diss *Ultraj. 1727* und **Schmidts** Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 1369. ff.

folgendes Beyspiel: Quod *meretrici* datur, repeti non potest: ut *Labeo* et *Marcellus* scribunt. Sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, *sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix; non turpiter accipere, cum sit meretrix.* Es bezieht sich diese Entscheidung auf die Sitten der Römer, bey denen es privilegirte Huren gab, welche die Erlaubniß dazu von den Aedilen erhielten [14]), und dafür eine Abgabe (meretricium) entrichten mußten [15]).

14) TACITUS *Annal. Lib. II. cap. 85.* Nam Vestibia praetoria familia genita, *licentiam stupri apud Aediles vulgaverat, more inter veteres recepto*, qui satis poenarum adversum impudicas in ipsa professione flagitii credebant. S. LIPSIUS in Excurs. ad Tacitum ibid. Lit. O. *Del* MANZANO ad Leg. Iul. et Pap. Popp. bey MEERMAN *in Thes. iur. civ. et can.* Tom. V. p. 311. HEINECCIUS in Comm. ad eand. Legem pag. 131.

15) LAMPRIDIUS *in vita Severi cap. 24.* Durch die *L. ult. Cod. de Spectacul.* ist dies endlich abgeschaft worden. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. de lustrali collat. Tom. V. pag. 4. edit. *Ritter* und *Ios.* FINESTRES in Hermogen. pag. 430. Man wirft hier gewöhnlich die Frage auf, ob nach dem Röm. Recht die öffentlichen Huren berechtiget gewesen sind, den versprochenen Lohn gerichtlich einzuklagen? Die Rechtsgelehrten sind deshalb verschiedener Meinung. Viele läugnen dieses aus dem Grunde, weil die öffentliche Duldung einer unsittlichen und entehrenden Sache noch nicht hinreichend sey, um neben der Straflosigkeit derselben, auch zugleich ein wirksames Recht in foro civili zu behaupten. Man beruft sich noch überdem auf *L. 2. §. 3. D. de doli mali et met. except. L. 26. et L. 123. D. de Verb. obligat. L. 5. D. de Usur.* S. VOET Comm. ad Pand. h t. §. ult. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. XLIII. §. 3.

2) Der Zweck schändet sowohl den Geber als den Empfänger. Auch hier kann der Geber eben so wenig das Gegebene zurückfordern, als wenn die Schande ihn allein trifft.

§. 3. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. 25. §. 9 *Franc.* DUARENUS Comm. ad Tit. Cod. de condict. ob turp. caus. cap. 4. *Udalr.* ZASIUS in Comm. ad L. 4. §. 3. D h t. nr 9. *Operum* Tom. I. pag. 985. besonders *Desid.* HERALDUS Observation. et Emendat. libr. cap. 32. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 1351.) und *Ev.* OTTO in Praefat. ad h. Tom. pag. 29. Dieser Meinung stimmt auch Weber in der syst. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 68. Not. 4. bey. Viele behaupten hingegen, daß solche Personen nach den Worten des Ulpians, meretricem non turpiter accipere, cum sit meretrix, den versprochenen Lohn auch hätten gerichtlich einklagen können; als *Fernand.* VASQUIUS illustrium Controversiar. Lib I. Cap. 48. nr. 3 *Reinh.* BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. 22. Th. 3. lit. D. *Ge.* FRANTZKIUS Comment. ad Pand. h. t. nr. 10. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 4. §. 3. D. h. t. *Amad.* ECKOLT in compend. Pand. Tractat. h. t. §. 1. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XVIII. Th. 22. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 11. u. Nicol. Hieron. Gundling Gedanken von dem römischen Hurenzoll und Hurenlohn, in der Sammlung seiner kleinen deutschen Schriften Nr. XXII. S. 422. ff. Dieser Meinung giebt THIBAUT im Syst. des Pand. Rechts 2. B. § 966. den Vorzug. Allein wie hätte je die Frage entstehen können, ob der einer Hure gegebene Lohn zurückgefordert werden könne? wie konnte der Grund gebraucht werden, quoniam solius dantis turpitudo versatur? wenn der Geber durch eine gerichtliche Klage zur Bezahlung des Lohns hätte angehalten werden können? War gleich der Lohn einer solchen Person kein unerlaubter Gewinn, so war er doch immer ein quaestus inhonestus, weshalb die Gesetze keine Klage gestatten. *L. 1. §. 5. D. de extraord. cognit. L. 5. Cod. h. t.* Man sehe noch

trifft. Es tritt vielmehr hier die Regel ein, in pari turpitudine poſſeſſoris melior conditio eſt. Hierher gehören folgende Geſetzſtellen.

L. 8. *D. h. t.* Si ob turpem cauſam promiſeris Titio, quamvis, ſi petat, exceptione doli mali, vel in factum ſummovere eum poſſis, tamen, ſi ſolveris, non poſſe te repetere: quoniam ſublata proxima cauſa ſtipulationis, quae propter exceptionem inanis eſſet, priſtina cauſa, id eſt, turpitudo, ſupereſſet; porro autem *ſi et dantis et accipientis turpis cauſa ſit*, *poſſeſſorem potiorem eſſe*, *et ideo repetitionem ceſſare*, tametſi ex ſtipulatione ſolutum eſt.

L. 2. *Cod. h. t.* Cum te propter turpem cauſam, contra diſciplinam temporum meorum, domum adverſariae dediſſe profitearis: fruſtra eam tibi reſtitui deſideras, *cum in pari cauſa poſſeſſoris conditio melior habeatur.*

L. 5. *Cod. eodem.* Mercalem te habuiſſe uxorem proponis: unde intelligis, et confeſſionem lenocinii preces tuas continere, et cautae quantitatis ob turpem cauſam exactioni locum non eſſe. *Quamvis enim utriusque turpitudo verſatur*, *ac ſolutae quantitatis ceſſat repetitio*, tamen ex huiusmodi ſtipulatione, contra bonos mores interpoſita, denegandas eſſe actiones, iuris auctoritate demonſtratur.

noch *Andr. Flor.* RIVINUS in Diſſ. de muliere quaeſtuaria. *Lipſiae 1733.* Cap. III. §. 11. und PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. IV. Obſ. 75.

Die Fälle, wo die Schande beyde Theile trift, sind folgende.

a) Wenn Jemand dem Richter Geld giebt, um denselben für seine Sache zu gewinnen, gleichviel, der Geber mag seine Sache für gerecht, oder ungerecht halten. Cum enim ex sententia iudicis demum certum evadat, sagt Voet [16]), uter litigantium iustam causam foverit, ac pro suae litis iustitia et bonitate usque adeo praesumere uterque debeat, ut et iusiurandum calumniae in iudicii initio praestare, atque ita de sua bona fide in lite movenda vel excipienda iurare teneatur; vix est, ut non videatur voluisse iudicem corrumpere, ac in turpitudine manifesta simul cum iudice accipiente haerere, qui ita dedit. Es scheint zwar unter den alten Rechtsgelehrten streitig gewesen zu seyn, ob nicht eine Zurückforderung wenigstens in dem Falle Statt finde, wenn der Geber von der Gerechtigkeit seiner Sache überzeugt war. Allein durch ein Rescript des Kaisers Antoninus Caracalla, ward auch diese Handlung für eine richterliche Bestechung erklärt, und die Strafe des Verlusts des Rechtsanspruchs damit verknüpft, wie aus folgenden Gesetzstellen sich ergiebt.

L. 2. §. 2. D. h. t. Sed si dedi, *ut secundum me in bona causa iudex pronunciaret*, est quidem relatum [17]), con-

16) Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

17) Das Wort *relatum* zeigt an, daß Ulpian hier die Meinung anderer anführt, welche in diesem Fall eine Zurückforderung gestatten. Er bedient sich dieses Ausdrucks auch an andern Orten. *L. 16. §. 1. D. de minor. L. 16. §. 1. D. de minor. L. 1. §. 3. D. de aleator.* Daß diese Meinung auch ziemlich allge-

condictioni locum esse: sed hic quoque crimen contrahit; *iudicem enim corrumpere videtur*; et non ita pridem Imperator noster constituit, *litem eum perdere.*

allgemein gewesen seyn müsse, läßt sich aus einer Stelle des Augustinus bey *Gratian. can.* 15. *Caus. XIV. Qu.* 5. schließen, wo es heißt: Ille tamen solet tanquam male sibi ablatam pecuniam repetere, *qui iustum iudicium emit:* quoniam venale esse non debuit. Ulpian mißbilliget indessen diese Meinung mit Verweisung auf eine Verordnung des Kaisers Caracalla. Es ist daher offenbar unrichtig, wenn einige: *condictioni locum* NON *esse*, lesen wollen; welche Leseart SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. V. §. 14 und *Io. Guil.* MARCKART in Probabil. receptar. Lection. iuris civ. pag. 67. mit Recht verwerfen. Indessen fehlt es doch nicht an Rechtsgelehrten, welche noch jetzt die angeführte Stelle Ulpians so verstehen wollen, als ob eine Zurückforderung des Gegebenen Statt finde, wenn gleich der Geber gestraft werde. Man sehe *Fr.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. cap. 3. und *Ulr.* HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. Allein wenn auch gleich die *Basilica* diese Stelle so verstanden zu haben scheinen, in welchen sie Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 2. Const. 2. pag. 520. folgendermaßen lautet: εἰ δὲ καλὴν δίκην ἔχων παρέσχω τῷ δικαστῇ ἐπὶ τῷ ὑπὲρ ἐμοῦ ψηφίσασθαι, εἰ καὶ ἀναλαμβάνω, ὅμως ἔκλημα πλημμελῶ, τὴν δικαστὴν ὑποφθείρων, καὶ ἐκπίπτω τῆς δίκης. i. e. *Sed si dedi, ut secundum me in bona causa iudex pronunciaret, licet repetam, tamen crimen contrabo, iudicem corrumpens, et causa cado*; so läßt sich doch diese Erklärung darum nicht wohl rechtfertigen, weil es einen Widerspruch enthält, die Handlung des Gebers für ein Verbrechen zu erklären, und ihm dennoch eine Zurückforderung des Gegebenen zu gestatten. Man vergleiche *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. XLIII. Th. I. *Guil.* RANCHINUS Variar. Lection. Lib. III. cap. 18. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XIV.

L. 1. §. 3. *D. de calumniator.* Sed et constitutio Imperatoris nostri, quae scripta est ad Cassium Sabinum, prohibuit, iudici vel adversario, in publicis, vel privatis vel fiscalibus causis pecuniam dare: et ex hac causa litem perire iussit.

L. 1. *Cod. de poena iud. qui male iudic.* Constitit in quacunque causa, sive privata, sive publica, sive fiscali, ut cuicunque data fuerit pecunia, vel iudici, vel adversario; amittat actionem is, qui diffidentia iustae sententiae in pecuniae corruptelam spem negotii reposuerit.

L. 3. *D. h. t.* Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur, *ut male iudicetur.*

b) Wenn Jemand einer ledigen Weibsperson, welche jedoch keine privilegirte Hure ist, Geld giebt, um ihm den Beyschlaf zu gestatten; oder wenn Jemand sich mit einem Ehemann, wegen eines mit desselben Ehefrau begangenen Ehebruchs, abfindet, oder wenn ein entdeckter Dieb Geld giebt, um ihn nicht anzuzeigen [18].

L. 4. *D. h. t.* Idem, si *ob stuprum* datum sit; vel si quis in adulterio deprehensus, redemerit se: cessat enim repetitio, idque *Sabinus* et *Pegasus* responderunt. Item si dederit fur, *ne proderetur*, quoniam utriusque turpitudo versatur, cessat repetitio.

c) Wenn

cap. 25. BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXII. Th. 3. lit. F. NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 297. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 966.

18) S. DONELLUS c. l.

c) Wenn Jemand etwas giebt, um ein öffentliches Amt zu erschleichen, oder es auf diese rechtswidrige Art einem Andern zu verschaffen [19]).

d) Wenn Geld einem Betrüger zu unerlaubten und abergläubischen Handlungen gegeben wird. Ein solcher Betrüger trieb in einer Gegend von Franken mit einem sogenannten Erdmännlein, oder Erdgeiste, sein Wesen, welcher das ihm dargebrachte Geld vielfältig wieder erstatten, und auf solche Art die Leute reich machen sollte. Er führte durch diesen Betrug besonders viel Leute auf dem Lande an, welche, in der Hoffnung des ihnen verheißenen Gewinnes, dem Betrüger Geld zu 7. 8. 10. 12. bis 16 Carolins darbrachten. Das Geld wurde unter allerhand abergläubischen Handlungen unter das Hochgericht eingegraben, die Opfernden aber erhielten dagegen eine versiegelte Schachtel, mit der Versicherung, daß nach Verfluß einer gewissen Zeit ein jeder in seinem Behältniß den versprochenen Gewinn finden würde. Die Betrogenen verlangten nachher, wie der Betrug entdeckt war, ihr Geld zurück. Allein sie wurden mit der Klage abgewiesen [20]).

Hat nun gleich in allen diesen Fällen, wo der Zweck auf Seiten beyder Theile gleich unerlaubt ist, keine Zurückforderung des Gegebenen Statt, indem schon die Natur der Sache

19) *Nov. VIII.* und *Nov. CLXI.* S. *Io. Ad. Th.* Quaestion. forens. Tom. III. cap. 32. Webers syst. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 67. Not. 6. S. 241. ff. und Grolmans Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. §. 343.

20) S. Geigers und Glücks merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 2. Band. Nr. XXXII.

Sache mit sich bringt, daß wir gegen denjenigen, der mit uns gemeinschaftlich die Gesetze übertreten hat, keinen Regreß zu unserer Entschädigung nehmen können [21]); so folgt doch daraus noch nicht, daß nun der Empfänger den schändlichen Gewinn behalten dürfe. Denn die Gesetze erlauben Niemandem, aus seiner unerlaubten Handlung einen Vortheil zu ziehen [22]). Mit Recht sagt vielmehr Stryk [23]): De caetero non ita crude hoc capiendum est, quod in pari turpitudine melior sit ratio possidentis, quasi *iura* nostra approbent titulum acquisitionis ex turpi causa. Non enim haec confundenda sunt, quod melior sit causa *rationis dantis*, utpote qui ex malitia sua condictionem ad repetendum id, quod dedit, consequi nequit; cum hoc, quod turpiter accipiens iuste possideat rem acceptam intuitu *magistratus* vel *fisci*. Es ist daher dasjenige, was zu einem unerlaubten Zweck gegeben worden, ohne Zweifel dem Fiscus verfallen [24]) wofern nicht etwa ein Dritter, welcher dabey interessirt ist, daß die Sache nicht gegeben sey, von dem Empfänger die Sache abzufordern

21) S. Webers syst. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 76.

22) *L. 134. §. 1. D. de Reg. iuris.*

23) Us. mod. Pandectar. h. t. §. 3.

24) *L. 5. D. de calumniator. L. 32. §. ult. D. de donat. inter vir. et uxor. L. 9. D. de iure fisci. Auth. Novo iure Cod. de poena iudic. qui male iudicavit.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XXIV. §. 23. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 12. Th. 6. not. 1. KIND Quaest. for. Tom. III. cap. 32. pag. 222. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1119.

dern befugt ist. Von dem letztern Falle reden folgende Gesetzstellen.

L. 4. §. ult. D. h. t. Quodsi a fugitivo meo acceperis, *ne eum indicares*, condicere tibi hoc, quasi furi, possum.

L. 5. D. eodem. Si a servo meo pecuniam quis accepisset, *ne furtum ab eo factum indicaret*, sive indicasset, sive non, repetitionem fore eius pecuniae, *Proculus* respondit.

3) Die Schande ist blos auf Seiten des Empfängers. Hier ist der Fall, in welchem die *Condictio ob turpem causam* Statt hat, und zwar ohne Unterschied, der Zweck sey erfüllet worden, oder nicht. Paulus sagt ausdrücklich *L. 1. §. 2. D. h. t.* Quodsi turpis causa *accipientis* fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest.

§. 826.

Fälle, in welchen die *Condictio ob turpem causam* Statt hat. Worauf geht die Klage? *Condictio ob iniustam causam.*

Die Fälle, wo die Schande allein den Empfänger trifft, sind,

a) wenn sich Jemand etwas geben läßt, um eine verbotene Handlung nicht zu thun, z. E. mich nicht zu berauben, zu injuriiren, u. d.

L. 2. D. h. t. Utputa dedi tibi, *ne sacrilegium facias*, *ne furtum*; *ne hominem occidas*: in qua specie *Iulianus* scribit, si tibi dedero, *ne hominem occidas*, condici posse.

L. 4. §. 2. *D. eodem.* Quoties autem solius *accipientis* turpitudo versatur, *Celsus* ait, repeti posse; veluti si tibi dedero, *ne mihi iniuriam facias.*

Die Schande zeigt sich hier besonders darin, daß derjenige, welcher sich etwas geben läßt, um eine unerlaubte Handlung zu unterlassen, eben dadurch zu erkennen giebt, daß er sie begangen haben würde, wenn er dafür nichts empfangen hätte [25]).

b) Wenn sich Jemand eine Belohnung geben läßt, um etwas zu thun, wozu er ohnehin schon rechtlich verbunden ist. Z. B. es hat Jemand eine Sache, welche ich verlohren hatte, gefunden, oder mir eine Sache verwahrt, oder mir eine Sache entwendet, und er wollte sie mir nicht eher herausgeben, als bis ich ihm ein Geschenk machte.

L. 2. §. 1. *D. h. t.* Item si tibi dedero, *ut rem mihi reddas depositam apud te*, vel *ut* [26]) *instrumentum mihi redderes;* sc. condici potest, quia accipientis duntaxat turpis causa fuit.

L. 9. *D. eodem.* Si vestimenta utenda tibi commodavero, deinde pretium, *ut reciperem*, dedissem, condictione me recte acturum, responsum est: quamvis enim

25) S. DONELLUS in Comm. iuris civ. Lib. XIV. cap. 25.

26) *Guil.* BEST de ratione emend. Leges Cap. VII. §. 8. lieset hier *velut*, mit Hinweglassung der Worte *mihi redderes. Io. Conr.* RÜCKER Observation. Cap. IV. §. 3. hingegen will mittelst der Gemination *velut, ut instrumentum mihi redderes*, lesen. Allein es ist kein hinlänglicher Grund vorhanden, von der Florentinischen Leseart abzugehen. Auch die *Basilica* Tom. III. pag. 520. haben ἢ δικαίωμα i. e. *vel instrumentum.*

enim propter rem datum sit, et causa secuta sit, tamen turpiter datum est. Si rem locatam tibi, vel venditam a te, vel mandatam, *ut redderes*, pecuniam acceperis, habebo tecum ex locato, vel vendito, vel mandati actionem. Quodsi, ut id, quod ex testamento, vel ex stipulatu debebas, redderes mihi, pecuniam tibi dederim, condictio duntaxat pecuniae datae eo nomine erit. Idque et *Pomponius* scribit.

Man sieht zugleich aus dieser Stelle, daß wenn die Verbindlichkeit zur Uebergabe oder zur Zurückgabe der Sache aus einem bonae fidei Contract entstand, die condictio ob turpem causam mit der Klage aus dem Contract electivisch concurrirt[27]).

L. 6. C. h. t. Ob restituenda ea, quae subtraxerat, accipientem pecuniam, cum eius tantum interveniat turpitudo, condictione conventum, hanc restituere debere convenit.

L. 7. C. eodem. Eum, qui ad restituenda, quae abegerat, pecora, pecuniam accepit: tam hanc, quam ea, quae per hoc commissum tenuit, restituere debere convenit: licet mortua vel alio fortuito casu periisse dicantur: cum hoc casu in rem mora fiat.

Nimmt Jemand eine Belohnung dafür, um einen Verbrecher anzuzeigen, so findet keine Zurückforderung des Gegebenen Statt, weil Niemand vollkommen verbunden ist, Verbrecher anzuzeigen, dem nicht die Gesetze in

27) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. und *Ant.* FABER Rational. in L. 9. D. h. t.

in einzelnen Fällen diese Pflicht besonders aufgelegt haben [28]).

L. 4. §. 4. D. h. t. Si tibi indicium dedero, *ut fugitivum meum indices*, vel *furem rerum mearum*, non poterit repeti; quod datum est: *nec enim turpiter accepisti.*

L. 15. pr. D. de praescript. verb. Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis, ubi celentur: quae res non facit eos fures. Solent etiam mercedem huius rei accipere, et sic indicare: nec videtur illicitum esse hoc, quod datur. *Quare, qui accepit, quia ob causam accepit, nec improbam causam, non timet condictionem* [29]).

Die Klage wird übrigens gegen den Empfänger, oder desselben Erben angestellt, und geht auf Restitution des Empfangenen mit allen Nutzungen und Accessionen [30]), aber nicht auf Zinsen.

L. 4. Cod. h. t. Quoties accipientis, non etiam dantis turpis invenitur causa: licet haec secuta fuerit, datum condici tantum, *non etiam usurae peti possunt*,

Der Grund ist, weil es gegen die natürliche Billigkeit streiten würde, wenn der Empfänger zu des Gebers Scha-

28) *L. 48. §. 1. D. de furt.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. in fin. von Quistorp Grundſ. des peinl. Rechts 1. Th. §. 62. MEISTERI Princip. iuris crim. Germ. commun. §. 45. Kleinschrods syst. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts. 1. Th. §. 206.

29) S. *Ant.* CONTII Disputation. Lib. I. cap. 14.

30) *L. 38. §. 1. et 15. D. de Usur. et fruct.*

Schaden den ungerechten Gewinn behalten ſollte. Giebt er alſo dieſen zurück, ſo iſt der Grund der Verbindlichkeit gehoben. Die Zinſen würden eine Strafe ſeyn, da ſie nicht zum turpe lucrum gerechnet werden können [31]). Leyſer [32]) iſt zwar der Meinung, daß heut zu tage Zinſen gefordert werden könnten; aber ohne hinreichenden Grund [33]). Iſt die Sache, welche der Beklagte empfing, nicht mehr in Natur vorhanden, z. B. der Beklagte hat Getraide erhalten, und ſolches conſumirt; ſo wird auf Vergütung des Werths geklagt [34]).

Man ſtreitet ſich über den eigentlichen Grund dieſer Klage. Heineccius [35]) leitet denſelben aus einem Quaſi-Contract her. Obligatio illa, ſagt er, non videtur oriri ex acceptione ob turpem vel iniuſtam cauſam, (ſic enim ſemper ad reſtitutionem eſſet obſtrictus, qui accepit) ſed *ex datione honeſta ob turpem vel iniuſtam cauſam.* Ideo enim, quia ego dedi honeſte, turpiter accipiens obligatur ad reſtitutionem, adeoque praeſumunt finguntque leges, eum ſe obligaſſe ad reſtituendum,

31) *Iuſt. Henn.* BOEHMERI Doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 24.

32) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLVII. medit. 4.

33) S. MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſerum* Tom. II. Faſcic. I. Obſ. 335.

34) *L. ult. Cod. h. t. L. 8. Cod. de cond. furt. L. 65. §. 6. D. de condict. indeb.* S. WESTENBERG Princip. iur. ſec. ord. Dig. h. t. §. 13. und Schmidts theor. pract. Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 5 Th. §. 1372.

35) Elem. iur. civ. ſec. ord. Pand. h. t. §. 49.

dum, quia nemo debet cum alterius damno sine ratione fieri locupletior. Est ergo haec Condictio *ex quasi contractu.* Cocceji [36]) hingegen setzt den Grund der Klage in einem Quasi-Delict. Oritur enim, sagt er, ex facto et causa turpi ac illicita. Allein weder die eine noch die andere Meinung ist den Gesetzen gemäß. Denn Quasi-Contracte setzen immer einen erlaubten Vorgang voraus, woraus nach Vorschrift der Gesetze eine den Contracten ähnliche Verbindlichkeit und Klage entspringt [37]). Offenbar aber liegt bey dieser Condiction auf Seiten des Beklagten eine unerlaubte Handlung zum Grunde. Quasi-Delicte hingegen sind an sich nicht blos unerlaubte, sondern auch strafbare Handlungen, welche das Unterscheidende haben, daß sie nach besondern Vorschriften des röm. Rechts aus Gründen der Billigkeit und der gemeinen Sicherheit gewissen Personen zur Strafe zugerechnet werden, welche eigentlich nach den allgemeinen Regeln der moralischen Imputation oder doch sonst nach der Analogie des strengen Rechts dafür nicht haften dürften [38]). Dieser Begriff paßt nun aber nicht auf die Handlung des Beklagten, welche zwar nach allen Regeln der moralischen Imputation denselben schändet, aber dennoch, außer der Zurückgabe des Empfangenen, in der Regel keine weitere Strafe nach sich zieht [39]), wofern nicht

36) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

37) S. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 9. und HÜBNER de natura obligationum, quae quasi ex contractu et quasi ex delicto nascuntur. Cap. 3. pag. 40.

38) S. Tot. Tit. I. *de obligat. quae quasi ex delicto nascuntur.* IV. 5. und Weber a. a. O. §. 20.

39) Anderer Meinung ist zwar SCHAUMBURG in Comp. iur. Dig. h. t. §. 3. welcher sagt: Turpiter accipiens merito quoque *poe-*

nicht dieselbe in ein wirkliches Verbrechen ausartet, z. B. in eine Concussion [40]). Da jedoch dies nur eine Ausnahme von der Regel ist, so kann auch die Klage in keinem wahren Delict gegründet seyn, worinn Westenberg [41]) den Grund derselben setzt. Denn unerlaubte Handlungen gehen nur dann in Verbrechen über, wenn sie die Gesetze mit Strafen bedrohet haben [42]). Alles dieses hat auch schon Huber [43]) wohl erwogen, welcher daher die Klage nicht für eine actio nativa, sondern *dativa* hält, quae non tam ex certo aliquo Artis principio, *quam a Lege datur*, ob aequitatem et corrigendam inaequalitatem, qua cavendum, ne quis cum aliena iactura sit locupletior. Eben diese Meinung nehmen auch **Böhmer** [44]) und **Schmidt** [45]) an. Allein daß der nächste Klagegrund in einer unerlaubten Handlung des Beklagten zu setzen sey, kann wohl nicht geläugnet werden, und diese kann auch zuweilen ein wahres Delict seyn [46]). Eben so gewiß ist es aber auch, daß die natürliche Billigkeit, welche nicht erlaubt,

poenam arbitrariam luit. Allein den Gesetzen ist diese Meinung nicht gemäß.

40) Ein Beyspiel enthält die *L. 3. Cod. h. t.*

41) Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 3.

42) S. Kleinschrods syst. Entwick. der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts 1. Th. §. 2.

43) Praelect. iur. civ. h. t. §. 2.

44) Doct. de action. Sect. II. cap. V. §. 23.

45) Pract. Lehrbuch von Klagen §. 1369.

46) S. *L. 1. D. de calumniator. L. 5. §. 1. D. eodem. L. 3. Cod. h. t.*

laubt, sich mit dem Schaden eines Andern zu bereichern, für den entfernten Klagegrund zu halten sey.

Soviel hiernächst II. die *Condictio ab iniustam causam* anbetrift, so wird diese Klage wider denjenigen angestellt, der etwas wegen einer bereits ausgeführten schändlichen oder ungerechten Handlung empfing, oder sich sonst aus einer nach dem Civilrecht verwerflichen Ursache eine fremde Sache angemaßt hat. **Ulpian** sagt *L. 6. D. h. t.* mit dieser Klage könne zurückgefordert werden, *quod ex iniusta causa apud aliquem sit.* Dahin gehört z. B. was aus einem erzwungenen Versprechen bezahlt worden ist. Ex ea stipulatione, sagt **Pomponius** *L. 7 D eodem, quae per vim extorta esset,* si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat. Mit dieser Klage kann auch der malae fidei possessor auf Vergütung der consumirten Früchte belangt werden. *L. 3. C. de condict. ex Lege, et sine causa vel iniusta causa* sagt: Mala fide possidens, de proprietate victus, de extantibus fructibus rei vindicatione, *de consumtis vero condictione conventus*, eorum restitutioni parere compellitur. Es erhellet aus diesen Beyspielen, daß **Voet** [47]) nicht unrecht hat, wenn er sagt: *Huic condictioni non ob futuram, ut in praecedentibus, sed magis ob praeteritam causam locus est.* Der Zweck bey dieser Klage ist jedoch der nämliche, wie bey der *condictio ob turpem causam*, er geht nämlich dahin, um das, was der Andere auf eine ungerechte Art empfing, wieder zurück zu erhalten.

47) Commentar. ad Pand. h. t. §. 4.

Lib. XII. Tit. VI.

De condictione indebiti.

§. 827.

Begriff und Fundament der Condictio indebiti.

Die *Condictio indebiti* ist diejenige persönliche Klage, welche in dem Falle, da eine Nichtschuld, als Schuld, aus einem entschuldbaren Irrthum bezahlt worden ist, gegen den Empfänger derselben, welcher die Zahlung in gutem Glauben angenommen hat, oder desselben Erben, dahin angestellet wird, um das Empfangene, so weit er dadurch reicher geworden, dem Kläger zu vergüten [48]. Ueber den Grund dieser Klage sind die Rechtsgelehrten ebenfalls verschiedener Meinung. **Donellus** [49] leitet die Verbindlichkeit des Beklagten zur Restitution der empfangenen Nichtschuld aus einem wahren Contract her; er glaubt, es liege hier ein Realcontract, wie beym Darlehn, zum Grunde. **Justinian** lehre dieses ausdrücklich, wenn er §. 1. *I. Quib. mod. re contrah. obligat.* sagt: Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per erro-

48) Von der condictio indebiti handeln in besondern Schriften *Iul.* PACIUS. *Genevae 1578. A.* CLUDIUS. *Francof. 1605.* IO. COS. *Harderovici 1689.* und LINCK. *Argentor. 1751.*

49) Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 16.

errorem solvit, *re obligatur*; daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ei condici potest, si apparet eum dare oportere, *ac si mutuum accepisset*. Allein der ganze Zusammenhang dieser Stelle lehrt deutlich, daß Justinian hier blos darum des Empfangs einer Nichtschuld gedacht hat, weil daraus eine dem Darlehn ähnliche Verbindlichkeit entsteht, wenn eine fungible Sache aus Irrthum gegeben worden ist. Wie wenig aber Justinians Meinung gewesen sey, diesen Vorgang zu einem Realcontract zu machen, ergiebt sich aus den nachfolgenden Worten, wo er sagt: *Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, cum is, qui solvendi animo dat, magis voluerit negotium distrahere, quam contrahere.* Mit Recht ist daher diese Meinung von **Bachov** [50]), **Hunnius** [51]), **Vinnius** [52]) und **Lauterbach** [53]) widerlegt und verworfen worden. Die meisten nehmen eine obligatio quasi ex contractu zum Grunde der Klage an [54]); und diese Meinung hat auch die deutlichsten Stellen des römischen Gesetzbuchs für sich. Justinian sagt ausdrücklich §. 6. *I. de obligat. quae quasi ex contr.*

50) Notae et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXII. Th. IV. lit. B.

51) Resolution. variar. iuris civ. Lib. III. Tract. III. P. II. Qu. 1.

52) Comm. ad §. 6. Instit. de obligat. quae quasi ex contr. nasc. nr. 4.

53) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4.

54) *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. XLIII. Th. 8. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Instit. Lib. III. Tit. 28. §. 8. WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 3. GÜNTHER Princip. iuris Rom privati noviss. Tom. II. § 1112. THIBAUT Syst. des P. R 2. B. §. 972. u. a. m.

contr. nasc. Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, *quasi ex contractu debere videtur.* Adeo enim non intelligitur proprie ex contractu obligatus esse, ut si certiorem rationem sequamur, magis ex distractu, quam ex contractu dici possit obligatus esse: nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium, quam contrahat. *Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, ac si mutuum ei daretur*: et ideo condictione tenetur. Cajus, aus dessen *libris aureorum* unstreitig diese Stelle der Institutionen excerpirt ist, erklärt sich darüber *L.* 5. *§.* 3. *D. de obligat. et act.* auf folgende Art: Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, *obligatur quidem quasi ex mutui datione, et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus:* sed non potest intelligi is, qui ex ea causa tenetur, *ex contractu obligatus esse.* So wenig sich nun auch gegen diese deutlichen Stellen mit Grund etwas einwenden läßt, so unläugbar ist es aber doch, daß sich eine dem Darlehn ähnliche Verbindlichkeit bey dem Empfange einer Nichtschuld nur da annehmen lasse, wo eine fungible Sache den Gegenstand der Nichtschuld ausmacht, welches jedoch nicht immer der Fall ist. Erwägt man hier, nächst, daß die condictio indebiti nur insofern begründet ist, als der Beklagte durch das erhaltene indebitum sich reicher befindet[55]), so ergiebt sich hieraus, daß der bloße Empfang einer Nichtschuld wohl nicht als der nächste Grund der Verbindlichkeit zur Wiedererstattung angesehen werden könne, sondern dieser vielmehr in der natürlichen Billigkeit, welche nicht erlaubt, daß sich Jemand mit dem Schaden eines

55) *L.* 14. *L.* 26. *§.* 12. *L.* 65. *§.* 8. *D. h. t.*

eines Andern bereichere, zu setzen sey [56]). Papinian lehrt dieses auch ganz deutlich, wenn er *L. 66. D. h. t.* sagt: Haec condictio *ex bono et aequo introducta*, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit, und auf diesen Grund der natürlichen Billigkeit deutet offenbar Paulus hin, wenn er *L. 15. pr. D. eodem* den Satz aufstellt: *Indebiti soluti condictio naturalis est.* Hieraus läßt sich nun auch erklären, warum bey dieser Klage zuweilen auch ein Anderer, als derjenige, welcher die Nichtschuld zahlte, Kläger seyn kann. Z. B. der Testamentserbe hat Vermächtnisse ausgezahlt. Nachher wird das Testament von dem Intestaterben angefochten, und für nichtig erklärt. Hier kann der Intestaterbe die ausbezahlten Vermächtnisse als eine Nichtschuld condiciren. Ulpian sagt *L. 2. §. 1. D. h. t.* Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum, vel inofficiosum, vel irritum, vel ruptum apparuerit, repetetur. — Nam *Divus Hadrianus* circa inofficiosum et falsum testamentum rescripsit, actionem dandam ei, secundum quem de hereditate iudicatum est. Und Papinian bestätigt dieses noch weiter in der *L. 3. D. eodem.* auf folgende Art: Item est, et si solutis legatis nova et inopinata causa hereditatem abstulit: veluti nato postumo, quem heres in utero fuisse ignorabat; vel etiam ab hostibus reverso filio, quem pater obiisse falso praesumse-

56) Hierin stimmen auch BOEHMER in doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 26. Schmidt im Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1359. und besonders Weber in der syst. Entwick. der Lehre von der natürlichen Billigkeit §. 35. S. 95. überein.

sumserat. Nam utiles actiones postumo, vel filio, qui hereditatem evicerat, dari oportere in eos, qui legatum perceperunt, Imperator *Titus Antoninus* rescripsit: scilicet, quod bonae fidei possessor, in quantum locupletior factus est, tenetur; nec periculum huiusmodi nominum ad eum, qui sine culpa solvit, pertinebit. Man setze ferner, ein Minderjähriger habe eine Erbschaft aus Uebereilung angetreten, und Vermächtnisse bezahlt, nachher läßt er sich gegen die geschehene Antretung in den vorigen Stand setzen; hier kann nun derjenige die Vermächtnisse zurückfordern, an welchen jetzt die Erbschaft fällt. Ulpian sagt *L. 5. D. h. t.* Nec novum, ut, quod alius solverit, alius repetat: nam et cum minor viginti quinque annis, inconsulte adita hereditate, solutis legatis, in integrum restituitur, non ipsi repetitionem competere, sed ei, ad quem bona pertinent, Arrio Titiano rescriptum est.

Die Erfordernisse zur Begründung dieser Klage sind also folgende.

1) Es muß Etwas gezahlt worden seyn. Der Ausdruck **Zahlung** wird jedoch hier in ausgedehnterem Sinn genommen, und darunter nicht nur der Fall begriffen, da etwas gegeben worden ist, die Sache sey eine fungible oder nichtfungible, sondern auch wenn ein Factum geleistet worden [57]; ferner wenn Jemand aus Irrthum eine Verbind-

E 5 lichkeit

57) *L. 26. §. 12. L. 40. §. 2. D. h. t.* Daß hier von keiner Zurückforderung der Dienste die Rede seyn könne, versteht sich. Dies ist es auch nur, was die *L. 25. D. de praescriptis verbis* sagen will, wenn es daselbst heißt: Quodsi per errorem operae indebitae datae sunt, IPSAE repeti non possunt.

Die

lichkeit übernahm [58]), oder dem andern eine Verbindlichkeit erließ [59]), oder sich sonst eines Rechts begab, als ob er dazu gehalten wäre [60]).

2) Das Gezahlte muß eine Nichtschuld seyn.

3) Die Zahlung muß aus einem entschuldbaren Irrthum geschehen, und auch

4) der Empfänger selbst im Irrthum gewesen seyn [61]). Nahm er wissentlich die Nichtschuld an, so wollen ihn die Gesetze

Die geleisteten Dienste müssen also zu Gelde angeschlagen, und auf deren Vergütung geklagt werden. S. *Christ. Gottl.* GMELIN Diss. de condictione facti indebite praestiti, praes. *Eberh. Christ.* CANZ def. *Tubingae* 1769.

58) *L. 31. D. h. t. L. 1. pr. D. Ut in possess. legator. L. 3. Cod. de Cond. indeb.*

59) *L. 39. D. h. t.*

60) *L. 22. §. 1. D. h. t.*

61) Die *L. 65. §. 8. D. h. t.* scheint zwar das Gegentheil zu lehren, wo es heißt, Si servum indebitum tibi dedi, eumque manumisisti, *si sciens hoc fecisti*, teneberis ad pretium eius; si nesciens, non teneberis, sed propter operas eius liberti, et ut hereditatem eius restituas. Dieses Gesetz unterscheidet also, ob der Manumissor gewußt hat, daß der Sklave indebite war gegeben worden, oder nicht. Im ersten Fall soll er den Werth desselben, in dem andern aber nur den Gewinn aus seinen Diensten und die Accession vergüten. Allein 1) wird hier nicht gesagt, daß gerade mit der condictio indebiti der Werth des Sklavens gefordert werden müsse; und dann 2) wenn man auch das Gesetz von dieser Klage verstehen wollte, so redet ja dasselbe von der Wissenschaft des Empfängers zur Zeit der Manumission, nicht von der Zeit, da der Sklave gegeben wurde. War damals der Empfän-

Gesetze als einen Dieb behandelt wissen, und es hat nun nicht die condictio indebiti, sondern nur die *condictio furtiva* wider ihn Statt [62]). Endlich

5) muß der Beklagte durch das Empfangene auch bereichert seyn; denn sonst fällt die ganze Klage weg [63]); und da er als bonae fidei possessor zu behandeln ist, so trägt er ohnehin den Zufall nicht [64]).

Hat

Empfänger in bona fide, so findet die condictio indebiti Statt, weil das Eigenthum auf den Empfänger übergieng. Eben so wenig steht auch die *L. 37. D. h. t.* entgegen, wo Julian sagt: Servum meum insciens a te emi, pecuniamque tibi solvi. Eam me a te repetiturum, *et eo nomine condictionem mihi esse*, puto: *sive scisses meum esse, sive ignorasses.* Denn das Gesetz redet nur von der condictio überhaupt, ohne zu bestimmen, ob es condictio indebiti oder condictio furtiva sey.

62) *L. 18. D. de condict. furt. L. 38. §. 1. D. de solut. L. 43. pr. L. 80. §. 5 et 6. D. de furt. Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. XLIV. Th. 5. ist zwar anderer Meinung. Er glaubt, die condictio furtiva habe nur dann Statt, wenn der Kläger nicht freywillig gezahlt, sondern durch den Dolus des Beklagten zur Bezahlung der Nichtschuld wäre verleitet worden. Allein *L. 18.* sagt unbedingt: *Furtum esse, cum quis indebitos nummos sciens acceperit.* Man sehe VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 6. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22. BOEHMER Doctr. de action. Sect. II. cap. 5. §. 28. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 28. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 975.

63) *L. 14. L. 26. §. 12. L. 65. §. 8. D. h. t.* S. *Franc.* DUARENUS Comm. ad h. Tit. Cap. 9. *Operum* pag. 916. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. XXV. Th. 11. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 301. BOEHMER Doctr. de action. Sect. II. cap. 5. §. 26.

64) THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 976.

Hat sich der Kläger bey der Zahlung die Restitution von dem Beklagten ausdrücklich auf den Fall versprechen lassen, wenn das Gezahlte als eine Nichtschuld befunden werden würde, so concurrirt die *condictio indebiti* mit der *actio praescriptis verbis.* Denn hier ist, wie **Ulpian** [65]) lehrt, ein wahrer Contract vorhanden.

§. 828.

Nichtschuld. Verschiedene Arten derselben.

Der Gegenstand unserer Klage ist also eine Nichtschuld (Indebitum). Unter dieser Benennung wird hier alles dasjenige verstanden, was zur Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet worden, oder geschehen ist, welche entweder gar nicht vorhanden, oder nach den Gesetzen ungültig, oder unwirksam war [66]). Eine Nichtschuld kann also in einer doppelten Rücksicht, als solche, gedacht werden.

1) In Absicht auf die Natur und den rechtlichen Grund der Schuldverbindlichkeit. Hier kann die Nichtschuld entweder

a) eine absolute seyn, wenn weder nach natürlichen noch nach positiven Rechten eine Verbindlichkeit vorhanden war. Z. B. ich habe aus einem Rechnungsfehler, oder aus einem solchen Geschäft etwas bezahlt, welches nach keinem Recht gültig war. Man denke sich den Fall, daß ich meine eigene Sache gekauft habe, in der Meinung, sie sey eine fremde [67]). Nam emtio rei suae nullo iure va-

65) *L. 2. pr. D. h. t.* vergl. mit *L. 5. §. 2. D. de praescr. verb.* S. *Ant.* FABRI Rational. in L. 2. pr. D. h. t.

66) *L. 26. L. 54. L. 65. §. 9. D. h. t.* S. COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 6.

67) *L. 37. D. eodem.*

valet [68]). Hierher gehört auch, wenn die Schuld von einer noch ungewissen Bedingung oder Zeitbestimmung abhing, und sie ist vor dem Eintritt derselben bezahlt worden. Wenn also Etwas vor der Zeit bezahlt worden, da man zu bezahlen schuldig gewesen wäre, so sind zwey Fälle zu unterscheiden.

aa) Die Schuld hing von einer solchen Zeitbestimmung oder Bedingung ab, deren Eintritt überhaupt ungewiß war. Hier kann vor dem Eintritt derselben das aus Irrthum Bezahlte zurückgefordert werden. Denn da vor dem Eintritt einer solchen Bedingung oder Zeit noch gar keine Verbindlichkeit vorhanden war, so ist hier eine absolute Nichtschuld bezahlt worden. In dieser Hinsicht sagt daher **Pomponius** *L. 16. D. h. t.* Sub conditione debitum, per errorem solutum, *pendente quidem conditione repetitur*, conditione autem existente repeti non potest. Quod autem *sub incerto die* debetur, die existente non repetitur [69]).

bb) Die

68) *L. 45. pr. D. de div. reg. iuris.*

69) CUJACIUS Observation. Lib. XIII. cap. 20. will *die non existente* (i. e. donec nondum existit dies) *non repetitur* lesen, und diese Stelle von einem solchen die incerto erklären, quem venturum esse certum est, z. B. *cum moriar.* Dies erfordere, wie er glaubt, der Zusammenhang mit *L. 17. D. h. t.* und daß es beym dies anders seyn solle, als bey der conditio, deute die Partikel *autem* an, wodurch eine Verschiedenheit der Fälle angezeigt werde. Allein *Iacob.* CONSTANTINAEUS Subtil. Enodation. Lib. I. cap. 27. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 534.) verwirft diese Erklärung mit Recht. Eben so wenig verdient aber auch die Kritik des POTHIER in Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XIII. not. d. Beyfall, welcher *non exi-*

bb) Die Schuld hing von einer solchen Zeitbestimmung oder Bedingung ab, von welcher gewiß ist, daß sie einmal eintreten werde. Hier kann das aus Irrthum vor der Zeit Bezahlte nicht zurückgefordert werden, weil hier die Verbindlichkeit an sich schon völlig begründet, mithin ein debitum vorhanden war, obgleich solches noch nicht hätte eingeklagt werden können [70]). Hierher gehören folgende Gesetzstellen:

L. 10 *D. h. t.* In diem debitor, adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit.

L. 17. *D. eodem.* Nam si, *cum moriar*, dare promisero, et antea solvam: repetere me non posse, *Celsus* ait. Quae sententia vera est.

L. 18. *D. eodem.* Quod si ea conditione debetur, *quae omnino exstitura est*, solutum repeti non potest: licet sub alia conditione, *quae, an impleatur, incertum est*, si ante solvatur, repeti possit.

War

existente die repetitur lesen will. Denn die Erklärung *non existente die*, für donec nondum existit dies, weicht ganz von dem gesetzlichen Sprachgebrauch ab. Es widerstreiten auch die *Basilica* Lib. XXIV. Tit. 6 const. 16. bey Fabrot Tom. III. pag. 547. wo die Worte so lauten: *καὶ τό ὑπό ἄδηλον ἡμέραν οὐκ αναλαμβάνεται μετά το ἐπιςῆναι αὐτήν.* i. e. *Etiam quod sub incerto die debetur, die existente non repetitur.* Mit den Basiliken stimmt auch Haloander überein, welcher statt *autem* vielmehr *etiam* lieset. Es verdienen übrigens noch folgende Stellen verglichen zu werden. *L. 48. L. 56. et L. 60. §. 1. D. h. t.* Man sehe auch VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

70) *§. 2. I. de Verbor. obligat. L. 10. D. h. t. L. 9. §. 1. D. de novation.*

War Jemand nur alternativ, entweder diese oder eine andere Sache zu geben, verbunden, er hat aber aus Irrthum beyde gegeben; so ist auch dies für eine absolute Nichtschuld zu halten, und es kann daher eine von beyden zurückgefordert werden. Wem aber in diesem Falle die Wahl zustehe, war unter den ältern Rechtsgelehrten streitig [71]). **Marcellus** und **Celsus** glaubten, sie gebühre dem Beklagten, als welcher nun durch den Empfang der Nichtschuld für den Schuldner zu halten sey [72]), und dieser Meinung stimmte auch **Ulpian** [73]) bey. Allein das Gegentheil nahmen **Julian** und **Papinian** an, und deren Meinung bestätigte **Justinian** durch die *L. 9. Cod. h. t.* welche folgendermaßen lautet: Si quis servum certi nominis, aut quandam solidorum quantitatem, vel aliam rem promiserit, et cum licentia ei fuerat, unum ex his solvendo liberari, utrumque per ignorantiam dependerit: dubitabatur, cuius rei daretur a legibus ei repetitio, utrumne servi, an pecuniae: et utrum stipulator, an promissor habeat huius rei facultatem? Et *Ulpianus* quidem electionem ei praestat, qui utrumque accepit, ut hoc reddat, quod sibi placuerit, et tam *Marcellum* quam *Celsum* sibi consonantes refert. *Papinianus* autem ipsi, qui utrumque persolvit, electionem donat, qui, et antequam dependat, ipsam habet electionem, quod velit praestare; et huius sententiae sublimissimum testem adducit *Salvium Iulianum*, summae

71) S. *Gottfr.* MASCOVII Diatr. de Sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IX. §. 8.

72) *§. 33. I. de act. L. 106. D. de Verb. obligat.*

73) *L. 26. §. 13. in fin. D. h. t.*

mae auctoritatis hominem, et praetorii edicti perpetui ordinatorem. Nobis haec decidentibus, *Iuliani* et *Papiniani* ſententia placet, *et ipſe habeat electionem recipiendi, qui et dandi habuit.* Nach dieſer Verordnung behält alſo der Kläger die Wahl, die ihn vorher zuſtand, und dieſes um ſo mehr, weil der Kläger, wenn man auch annehmen wollte, er habe, da er jetzt als Gläubiger auftritt, durch die geſchehene Zahlung ſein Wahlrecht verlohren, welches ihm vorher als Schuldner zuſtand, dennoch auch dieſes Recht ohne Zweifel condiciren könnte, da ſolches indebite durch die Zahlung auf den Gläubiger war übertragen worden, wie auch Voet [74]) ganz richtig bemerkt hat. Dann aber würde freylich Juſtinians Verordnung keine Anwendung finden, wenn bey einer alternativen Verbindlichkeit gleich anfangs im Vertrage oder Teſtament wäre feſtgeſetzt worden, daß dem Gläubiger die Wahl zuſtehen ſolle [75]), in welchem Falle er denn ohne Zweifel zurückgeben könnte, welche von beyden er will. Sollte jedoch eine von beyden Sachen durch Zufall zu Grunde gehen, ſo fällt alle Zurückforderung weg, und der Empfänger behält diejenige mit Recht zurück, welche noch vorhanden iſt, wie ebenfalls Julian lehrt, wenn er *L.* 32. *pr. D. h. t.* ſagt: Cum is, qui Pamphilum aut Stichum debet, ſimul utrumque ſolverit, ſi, poſteaquam utrumque ſolverit, uterque aut alter ex his, deſiit in rerum natura eſſe, nihil repetet; id enim remanebit in ſoluto, quod ſupereſt. Die Nichtſchuld kann

b) eine

74) Commentar. ad Pand. h. t. §. 5.

75) Arg. *L. 10. §. ult. D. de iure dot.* S. den 4. Th. dieſes Commentars §. 316. S. 304.

b) eine blos **bürgerliche** seyn, (*indebitum civiliter tale*), wenn die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung die Zahlung geschahe, zwar im natürlichen Recht gegründet, aber durch die bürgerlichen Gesetze entweder für ungültig und ganz unwirksam erklärt, oder sonst in ihren gerichtlichen Wirkungen beschränkt ist. Z. B. Eine Frauensperson hat aus einer übernommenen Bürgschaft Zahlung geleistet, oder eine Person, die noch unter väterlicher Gewalt stand, hat ein ohne Einwilligung des Vaters contrahirtes Darlehn bezahlt [76]. Die Nichtschuld kann endlich

c) auch eine blos **natürliche** seyn, (indebitum *naturaliter tale*), wenn die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung die Zahlung geschahe, zwar in den bürgerlichen, aber nicht in den natürlichen Gesetzen gegründet ist. In diesen beyden Fällen einer Nichtschuld wird die Regel gegeben, daß eine Zurückforderung des Gezahlten nur dann Statt habe, wenn der Schuldner gegen die Ansprüche des Gläubigers durch eine beständig geltende Exception gedeckt war, und diese Einrede zu seinem Besten, und nicht blos aus Haß gegen den Gläubiger gegeben wird. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 26. §. 3. *D. h. t.* Indebitum autem solutum accipimus, non solum si omnino non debeatur, *sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat.* Quare hoc quoque repeti poterit: nisi sciens, se tutum exceptione, solvit.

L. 26.

76) S. *Io. Nic.* HERTII Diss. de condictione indebiti civiliter, debiti naturaliter. in EIUS *Commentat. et Opuscul.* Vol. I. Tom. III. pag. 141. sqq.

L. 26. §. 7. D. eodem. Adeo autem perpetua exceptio parit condictionem, ut *Iulianus* libro 10. scripsit; si emtor fundi damnaverit heredem suum, ut venditorem nexu venditi liberaret, mox venditor ignorans rem tradiderit; posse eum fundum condicere. Idemque est, et si debitorem suum damnaverit liberare, et ille ignorans solverit.

L. 66. D. de Reg. iuris. Desinit debitor esse, qui nactus est exceptionem iustam, nec ab aequitate naturali abhorrentem.

L. 40. h. t. Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest. Sed hoc non est perpetuum; nam si quidem eius causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in Senatusconsulto de Intercessionibus. Ubi vero in odium eius, cui debetur, exceptio datur; perperam solutum non repetitur: veluti si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit, et paterfamilias factus solverit, non repetit.

L. 43. D. eodem. Si quis iurasset, se dare non oportere, ab omni contentione discedetur; atque ita solutam pecuniam repeti posse dicendum est.

Allein wenn gleich diese Regel von vielen [77]) angenommen wird, so ist sie doch nicht in jedem Falle anwendbar. Die Gesetze enthalten mehrere Fälle, wo demjenigen, wel-

77) S. VOET Comm. h. t. §. 4. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 299. SCHULTING Thes. controvers. Decad. XLIV. Th. 2. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. T. I. Diss. XXV. Th. 12. DONELLUS Comment. iuris civ. Lib. XIV. cap. 9. u. a. m.

welcher eine Zahlung aus Irrthum ohne Schuldigkeit geleistet hat, eine exceptio perpetua zustand, und diese Einrede auch zu seinem Besten eingeführt ist, dennoch aber keine Zurückforderung des Gezahlten Statt findet. Man setze, ein Schuldner hätte sich mit der Exception der Competenz schützen können, er schafte aber dennoch Rath, und bezahlte aus Irrthum die ganze Schuld, so kann er nichts zurückfordern, denn die natürliche Verbindlichkeit wird durch die Insolvenz der Schuldners nicht aufgehoben. Es sagt vielmehr **Ulpian** *L. 9. D. h. t.* Nam et maritus, si, cum facere nihil possit, dotem solverit, in ea causa est, ut repetere non possit. Wenn sich ferner der Schuldner mit der Exception aus dem prätorischen Edict, *quod quisque iuris in alterum statuerit*, gegen die Ansprüche seines Gegners hätte decken können; er hat aber dennoch denselben aus Irrthum befriediget, so findet keine Zurückforderung Statt, superest enim, sagt **Ulpian** *L.* 3 §. 7. *D. Quod quisque iuris*, naturalis causa, quae inhibet repetitionem. Ich übergehe andere Beyspiele, welche *L.* 33. *D. h. t. L.* 49. §. 1. *in fin. D. de fideiussor.* und in andern Gesetzstellen mehr vorkommen. Man sieht hieraus, daß jene Regel in den Fällen eine Ausnahme leidet, wo die dem Schuldner zustehende exceptio perpetua die natürliche Verbindlichkeit nicht aufhebt [78]). Mit Recht sagt daher **Lauterbach** [79]): Ex dictis simul apparet, regulam in *L.* 26 §. 3. *D. h. t.* propositam, quod scil. illud, *cui perpetua obstat exceptio*, indebitum dicatur, et

 per

78) S. WESTENBERG Princip. iuris secund. ord. Dig. h. t. §. 10. sqq.

79) Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 14.

per errorem solutum repetatur: tunc demum locum habere, et procedere, *si obligatio naturalis non subsit, vel illam ius civile reprobaverit.* Caeterum, ubi obligatio naturalis, iure civili non reprobata, adhuc existit salva, ibi, licet perpetua competat exceptio, non tamen datur Condictio. *L. 66. pr. L. 40. pr. D. h. t. L. 9. §. 4. et 5. junct. l. seq. ad SCt. Macedon.* Unde etiam fideiussor, qui, omissa divisionis exceptione, totum solvit, partem a confideiussore solvendam a creditore non repetit. *L. 49. §. 1. D. de fideiussor.* Ich werde diese Fälle bey dem folgenden Paragraphen näher auseinander setzen. Eine Nichtschuld kann endlich

2) auch in Absicht auf die Person des Zahlenden oder des Empfängers eine solche seyn, und zwar entweder

a) wegen eines Irrthums in der Person. Dahin gehört,

α) wenn man eine Schuld aus Irrthum an einen Andern bezahlt hat, als dem man sie schuldig ist.

β) Wenn man dasjenige, was ein Anderer schuldig ist, in der Meinung bezahlt, als ob man es selbst schuldig wäre. Beyde Fälle hat Paulus, wenn er *L. 65. §. 9. D. h. t.* sagt: *Indebitum* est non tantum, quod omnino non debetur, sed et *quod alii debetur, si alii solvatur:* aut *si id, quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, solvat.* Oder

b) wegen des gänzlichen Mangels der natürlichen Fähigkeit auf Seiten des Zahlenden, sich gültig zu verbinden. Dahin gehört, wenn Pupillen, oder gerichtlich erklärte Verschwender ohne vormundschaftliche Einwilligung con-

contrahirt und bezahlt haben. Hier kann die Zurückforderung geschehen, ohne daß es darauf ankommt, ob die Zahlung wissentlich, oder aus Irrthum geleistet worden sey[80]). Dieß ist es, was **Ulpian**[81]) in folgenden Worten lehrt: Interdum *persona* locum facit repetitioni, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate, vel is, cui bonis interdictum est, solverit. *Nam in his personis generaliter repetitioni locum esse, non ambigitur.*

§. 829.

Inwiefern findet Zurückforderung einer Nichtschuld Statt?

Um nun also genauer zu bestimmen, wenn die Zurückforderung einer Nichtschuld Statt finde; so sind folgende Grundsätze zu bemerken.

I) Ist die Nichtschuld blos in Rücksicht der Person, welche die Zahlung leistete, oder welche sie empfing, ein indebitum, so findet die Condiction unbedingt Statt. Außer der bey dem vorigen §. angeführten Gesetzstelle sind hier noch folgende zu bemerken.

L. 19 §. 1. *D. h. t.* Quamvis debitum sibi quis recipiat, tamen si is, qui dat, non debitum dat, repetitio competit: veluti si is, qui heredem se vel bonorum possessorem falso existimans, creditori hereditario solverit; hic enim neque verus heres liberatus erit, et is, qui dedit, repetere poterit.

80) S. **Webers** syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 77.

81) *L.* 29. *D. h. t.*

L. 8. *Cod. eodem.* Creditoris falso procuratori solventi, adversus eum indebiti repetitio, non obligationis liberatio competit.

Es wird jedoch vorausgesetzt, daß der Zahlende die Schuld eines Dritten in der Meinung bezahlt habe, als ob er sie selbst schuldig sey [82]). Denn trug er sie für den Schuldner ab, in dem irrigen Glauben, er sey diesem dazu verbunden; so findet gegen den Empfänger nicht die condictio indebiti, sondern nur gegen den, welchem dadurch genutzt ist, die actio negotiorum gestorum contraria Statt [83]). Von diesem Falle ist nach der Meinung der meisten Ausleger [84]) die *L.* 44. *D. h. t.* zu verstehen, wo Pau=

82) *L. 38. §. 2. in fin. D. de Solut.*

83) *L. 39. D de negot. gest. L. 23. D. de Solut.* S. THIBAUT Syst des P. R. 2. Th. §. 973.

84) *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. VIII. cap. 9. *Ant.* FABER Rational in L 44 D h. t. *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 13. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 300. *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficil. et celebrior. LL Cod. ad L. 2. C. h. t. pag. 236 sqq. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 9. *Iul.* PACIUS Legum conciliatar. Centur. IV. Qu I. *Ant.* SCHULTING Thesium controv. Decad XLIV. Th. 5. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficil. Exerc. XI. Th. 24. *Hug.* GROTIUS Flor. sparsion. ad Ius Iustinian. pag. 155. POTHIER Pandect. Iustinian Tom. I. h. t. Nr. XXI. pag. 372. Andere Ideen haben jedoch *Lud.* CHARONDAS Πειθαν. s. Verisimil. Lib. II. c. 15. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 765.) *Gilb.* REGIUS Εναντιοφαν. iuris civ. Lib. I. cap. 12. (bey OTTO Tom. II. pag. 1485.) *Greg.* LOPEZ MADERA Animadversion. iuris civ. cap. 13. (bey OTTO Tom. III. pag. 458.) *Pet.* GRANGIANUS Para-

Paulus sagt: Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum est. Zwar wird hier nicht ausdrücklich gesagt, daß die Zahlung im Namen des Schuldners geschehen sey. Allein dieser Sinn liegt, wie Hugo Donellus [85]) ganz richtig bemerkt, in dem Geist der Worte. Observandum enim est, sagt dieser Rechtsgelehrte, non simpliciter dici, nullam esse repetitionem a creditore, sed a creditore, qui suum recepit. *Suum, aut sibi debitum recipere solus is proprie dicendus est, qui recipit aut a debitore ipso, aut ab alio quidem, sed nomine debitoris.* Nam cum constat omne debitum duorum persona, debitoris et creditoris, si quid dederis creditori, in quo dando non versetur debitor, omnino id debitum dici non potest: proinde nec creditor in eo sibi debitum recepisse. Hierher gehört noch eine andere Stelle, welche besonders diese Erklärung unterstützt, nämlich die *L. 5. Cod. de petit. hered.* in welcher es heißt: De hereditate, quam bona fide possidebas, si contra te pronunciatum est, in restitutione eius detrahetur, quod creditoribus eiusdem hereditatis exsolvisse te bona fide probaveris. *Nam repeti a creditoribus, qui suum receperunt, non potest.* Auch hier sind die letzten Worte vom dem Falle zu verstehen, wo der Besitzer der Erbschaft im Namen des Erben, der sich etwa schon gemeldet, Zahlung geleistet hatte [86]). Auf jeden Fall

Paradox. iuris civ. cap. 19. (bey OTTO Tom. V. pag. 624.) de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 13. und EMMINGHAUS ad Eundem not. k.

85) Loc. cit. pag. 695.

86) S. Westphals syst. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente. §. 505.

aber dient diese Stelle zum Beweis, daß das *suum recipere*, nicht gerade, wie viele glauben, auf einen solchen Fall hindeute, wo dem Eigenthümer seine eigene Sache gegeben worden ist. Denn wie hätte auch nur von fern darüber Zweifel entstehen können, ob der Eigenthümer seine Sache wieder herausgeben müsse, wenn sie ihm von einem Dritten aus Irrthum gegeben worden ist, da die Einrede des Eigenthums auch sogar die actio publiciana ausschließt?

II.) Ist die Nichtschuld eine solche in Rücksicht auf die causam debendi, und zwar eine absolute, so ist wieder die Condiction unbedingt begründet.

L. 22. *D. h. t.* Sed et si me putem tibi aut Titio promisisse, quum aut neutrum factum sit, aut Titii persona in stipulatione comprehensa non sit, et Titio solvero, repetere a Titio potero.

L. 37. *D. eodem* Servum meum nesciens a te emi, pecuniamque tibi solvi. Eam me a te repetiturum, et eo nomine *condictionem* mihi esse, omnimodo puto.

L. 54. *D. eodem.* Ex his omnibus causis, quae iure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione Condictioni locus erit.

Hierher gehört noch insonderheit die famöse *L.* 38. *D. h. t.* wo Afrikanus folgenden Fall entscheidet: Frater a fratre, cum in eiusdem potestate essent, pecuniam mutuatus, post mortem patris ei solvit. Quaesitum est, an repetere possit? Respondit, utique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres extitisset, repetiturum: pro ea vero, qua frater heres extiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset;

ſet; *naturalem enim obligationem, quae fuiſſet, hoc ipſo ſublatam videri*, quod peculii partem frater ſit conſecutus, adeo ut, ſi praelegatum filio, eidemque debitori id fuiſſet, deductio huius debiti a fratre ex eo fieret. Idque maxime conſequens eſſe ei ſententiae, quam *Iulianus* probaret: ſi extraneo quid debuiſſet, et ab eo poſt mortem patris exactum eſſet, tantum iudicio eum familiae erciſcundae recuperaturum a coheredibus fuiſſe, quantum ab his creditor actione de peculio conſequi potuiſſet. Igitur et ſi re integra familiae erciſcundae agatur, ita peculium dividi aequum eſſe, ut ad quantitatem eius indemnis a coherede praeſtetur. Porro eum, quem adverſus extraneum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuiſſet, indemnem eſſe praeſtandum. Ueber dieſes Geſetz, welches man für eine der ſchwierigſten Stellen des römiſchen Geſetzbuches hält, iſt viel geſchrieben [87]. Den beſten Commen-

87) Man vergleiche hierüber *Iac.* CUJACII Commentar. ad Africanum Tract. IX. (Operum Tom. I. pag. 1506.) *Ant.* FABRI Conjectur. iuris civ. Lib. XX. cap. 20. *Hug.* DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 19. ROBERTI Recept. iuris Lect. Lib. I. cap. 30. MASII Sing. Opinion. Lib. IV. cap. 6. ſqq. *Lud.* CHARONDAE Veriſimil. Lib. I. cap. 9. BACHOVII Notae et Animadverſ. ad *Treutlerum.* Vol. I. Diſputat. XXII. Th. 9. lit. B. *Ant.* LESCURII, *Iul.* PACII, *Ioann.* MERCERI, *Fr.* DAVYDARGENTEI et *Marq.* FREHERI in L. Frater a fratre 38 D. de condict. indeb. Commentarii (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iuris Rom.* Tom. V. pag. 529. ſqq.) CABOTII Diſputat. Lib. I. cap. 22. ſqq. *Henr. a* SUERIN Repetitar. Lection. iuris civ. libr. cap. 10. (in *Theſ. Ottonian.* Tom. IV. pag. 23. ſqq.) *Io. Iac.* WISSENBACHII Exercitat. ad Pand. Vol. I. Diſp. XXV. Th. 14. *Petr. de* TOULLIEU Collectanea iuris civ. Diſſ. II. pag.

mentar aber geben uns darüber die Basiliken [88]), welche den Sinn dieses Fragments auf folgende Art ganz deutlich darstellen. Δανεισάμενος παρά τοῦ συνυπεξουσίου μου ἀδελφοῦ, κατέβαλον αὐτῷ μετὰ θανάτον τοῦ πατρὸς μου. πρὸς μέν τὸ μέρος εἰς ὃ κληρονομῶ, ἀναλαμβάνω. καθ' ὅσον δὲ κληρονομεῖ ὁ ἀδελφός μου, τοσοῦτον ἀναλαμβάνω, ὅσον ἐκ τοῦ πεκουλίου περιῆλθεν ἐις αὐτὸν, ἀναιρεῖται γὰρ ἡ φυσικὴ ἐνοχὴ τοῦ πεκουλίου εἰς αὐτὸν περιερχομένου. ἀμέλει ἐὰν ληγατευθῇ μοι τό πεκούλιόν μου, ὑπεξαιρεῖται τὸ χρέος. εἰ δὲ καὶ ἀπὸ ἐξωτικου δανείσομαι, ἔιτε κατέβαλον αὐτῷ μετά θάνατον τοῦ πατρὸς, τοσοῦτον λαμβάνω παρὰ τῶν συγκληρονόμων μου ἐν τῇ της Φαμιλίας τῶν πραγμάτων διαιρέσει, ὅσον αὐτὸν ἀπαιτεῖν ὁ δανειςὴς ἠδυνάτο διά τῆς περὶ τοῦ πεκουλίου ἀγωγῆς, ἔιτε μήπω κατέβαλον, οὕτω διαιρεῖται τὸ πεκούλιον μου ἐν τῇ διαιρέσει τῆς Φαμιλίας, ὥςε γενέσθαι μοι τρὸς τὸ ποσόν αὐτοὺ ἀσφάλειαν τοῦ ἀζημίου. i. e. *A fratre meo, qui in eiusdem poteſtate erat, pecuniam mutuatus, poſt mortem patris ei ſolvi. Pro ea parte, qua patri heres extiti, repeto: pro ea vero, qua frater heres extitit, tantum repetam, quantum ex peculio ad eum pervenit: naturalis enim obligatio ſublata eſt, quia peculium ad eum pervenit. Certe ſi peculium mihi legatum ſit,*

pag. 46. ſqq. *Ev.* OTTONIS Praefat. ad Tom. V. Theſ. iuris Rom. pag. 24. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 20. *Cornel. van* ECK Commentat. de ſeptem damnatis Legibus Pandectar. ſeu Crucibus ICtorum. cum praefat. *Chriſt. Gottl.* REINHARDTI rec. *Halae 1766.* Cap. 3. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 6. und *Henr. Dav.* GERLACH Diſſ. ad celeberr. et intricat. Legem 38. pr. D. de condict. indeb. *Tübingae 1738.* und *Io. Phil.* HAHN Diſp. ad Leges damnatas. *Moguntiae 1748.* Analys. 3.

88) Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 6. conſt. 38. pag. 554.

sit, deducitur debitum. Sed et si ab extraneo mutuatus sim, sive ipsi solverim post mortem patris, tantum iudicio familiae erciscundae recipio a coherede, quantum ab his creditor de peculio consequi potuisset: sive nondum solverim, ita peculium meum dividitur in familiae erciscundae iudicio, ut ad quantitatem eius indemnitas mihi praestetur. Ein Bruder hatte dem andern während der väterlichen Gewalt von seinem Pekulium ein Darlehn gegeben. Da beyde Brüder noch in der väterlichen Gewalt waren, so konnte daraus keine bürgerlich vollgültige, sondern nur eine natürliche Verbindlichkeit entstehen [89]). Nach dem Tode des Vaters theilen sich die Brüder in die väterliche Erbschaft, und der Schuldner bezahlt seinem Bruder das ganze Darlehn, in der Meinung, daß er es ihm zu bezahlen schuldig sey. Es entstand nun die Frage, ob und in wie fern er das Bezahlte zurückfordern könne? Da die Schuldforderung, als eine pekuliarische, zur väterlichen Erbschaft gehörte, so war sie in soweit durch Confusion gehoben, als der Schuldner Erbe seines Vaters geworden war. Da nun in soweit auch die natürliche Verbindlichkeit erloschen war, so konnte auch nach dem Verhältniß dieses Erbtheils, mithin zur Hälfte, die Zahlung ohne Zweifel als eine Nichtschuld, zurückgefordert werden [90]). Allein in Ansehung des andern Theils der Schuldforderung, welchen der Darleiher geerbt hatte, kam es darauf an, ob er bey der Erbtheilung

89) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 132. S. 234.

90) Es ist daher ganz ohne Grund, wenn *Fr.* HOTOMANUS Lib. X. Observat. cap. 3. und in Vet. renovata Disputat. in L. 38. Africani, Quaestionib. illustrib. adj. statt repetiturum, *non repetiturum* lesen will; welchen deshalb TOULLIEU in Collectan. iuris civ. pag. 50. sqq. sehr ausführlich widerlegt hat.

lung einen Antheil von dem Pekulium des Schuldners erhalten hatte, oder nicht. In dem ersten Falle war die Schuld auch in Ansehung des Antheils, welchen der Darleiher daran geerbt hatte, insoweit durch Compensation getilgt, als der Antheil, den derselbe von dem Pekulium des Schuldners erhalten hatte, betrug; und konnte also insoweit auch als eine Nichtschuld condicirt werden. In dem letztern Falle hingegen, wenn z. B. der Vater dem schuldenden Sohne das Pekulium prälegirt hätte, fällt die Zurückforderung weg. Denn da das Pekulium immer nur von demjenigen Vermögen verstanden wird, welches nach Abzug der Schulden übrig bleibt[91]), so hätte der Bruder, welcher dem andern das Geld geliehen hatte, seinen Antheil von der auf dem Pekulium haftenden Schuld bey der Erbtheilung abziehen können. Aus gleichem Grunde muß aber auch der Gläubiger diese Schuld zu seinem Antheile übernehmen, wenn das Pekulium des Schuldners unter beyde Brüder vertheilt worden ist. **Afrikan** bestärkt diese Wahrheit noch durch folgendes Argument. Wäre der Bruder das Geld einem Dritten schuldig gewesen, und dieser hätte nach dem Tode des Vaters seine Bezahlung verlangt, so könnte erster, wenn von ihm die ganze Schuld bezahlt worden, mit der Erbtheilungsklage von dem andern Bruder, als Miterben, einen Ersatz pro rata fordern, soweit nämlich die actio de peculio gegen ihn Statt gefunden hätte. Denn diese Klage hatte nach des Vaters Tode gegen

91) *L. 9. §. 2. L. 11. §. 6. D. de peculio. L. 30. pr. D. de actionib. emti venditi.*

92) *L. 18. §. 5. D. Famil. erciscund.*

gen die sämmtlichen Erben pro rata Statt, weil das Pekulium des Sohns zur Erbschaft des Vaters gehörte [92]. Gesetzt aber die Theilung wäre geschehen, ehe noch der fremde Gläubiger auf die Zahlung drang, so konnte der Schuldner gleich bey der Theilung des Pekuliums von dem Miterben Sicherheit verlangen, daß er ihn auf den Fall, da er die ganze Schuld bezahlen müßte, zu seinem Antheil entschädigen wolle. Ist dieses bey einem fremden Gläubiger Rechtens, wie vielmehr, wenn der Miterbe selbst der Gläubiger ist?

Es giebt jedoch Fälle, in welchen auch eine absolute Nichtschuld nicht zurückgefordert werden kann. Dahin gehört,

1) wenn Jemand wegen einer Schuld in Anspruch genommen wird, auf deren Abläugnung die Strafe des Doppelten gesetzt ist, und das Einfache bezahlt, ohne es wirklich schuldig zu seyn. Hier findet des Irrthums ungeachtet keine Condiction Statt, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet:

§. 7. I. de obligat. quae quasi ex contr. nasc. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit. Sic namque definierunt Veteres: *ex quibus causis inficiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse: veluti ex Lege Aquilia, item ex legato.* Quod Veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quae certa constituta, per damnationem cuique legata fuerunt: nostra autem constitutio, cum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit,

sit, huiusmodi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit: sed non omnibus legatariis hoc praebuit, *sed tantummodo in iis legatis et fideicommissis, quae sacrosanctis Ecclesiis et caeteris venerabilibus locis, quae religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt*: quae si indebita solvantur, non repetuntur.

L. 4. C. h. t. Ea, quae per inficiationem in lite crescunt, ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse, certissimi iuris est.

Der Grund, auf welchem diese Verordnung beruht, scheint der zu seyn, weil hier eine Art von Vergleich angenommen wird, vermöge welchen derjenige, an den die Forderung gemacht wurde, lieber das Einfache habe bezahlen wollen, als sich der Gefahr, aufs Doppelte condemnirt zu werden, auszusetzen [93]. Ob diese Vorschrift schon nach Justinianeischem Recht als aufgehoben anzusehen sey, wie **Thibaut** [94] behaupten will, ist noch vielen Zweifeln unterworffen. **Justinian** sagt zwar *L. ult. C. h. t.* Sancimus, omnibus, qui incerto animo indebitam dederint pecuniam, ut aliam quandam speciem persolverint, repetitionem non denegari, *et praesumtionem transactionis non contra eos induci: nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur.* Allein man erwäge, daß diese *L. ult.* vom Jahr 530. ist, und **Justinian**, in seinen weit später publicirten Institutionen §. 7. *cit.* dasjenige, was

93) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. *Ian. a* COSTA und *Ev.* OTTO in Commentar. ad §. 7. I. de obligat. quae quasi ex contr. nasc.

94) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 2. B. 5. Abh. Nr. II. S. 152.

was in der *L.* 4. *C. h. t.* steht, nochmals wiederholt habe. Es läßt sich also nicht wohl behaupten, daß dasjenige, was kurz zuvor in der L. 4. *C. h. t.* gesagt worden, durch die *L. ult. C. eodem.* aufgehoben worden sey. Hätte es in der *L.* 4. wohl heißen können *certissimi iuris est*, wenn es ein abrogirtes Gesetz wäre? Wer also einer frommen Stiftung irrig Legate zahlt, kann solche nicht zurück fordern [95]). Insofern jedoch die poena dupli heutzutage nicht mehr Statt hat, ist billig anzunehmen, daß jetzt in einen solchem Falle die condictio indebiti angestellt werden könne.

2) Wenn der Vater, welcher mit der actio de peculio belangt ward, aus Irrthum über den Bestand des peculii zahlte. Auch hier fällt die Zurückforderung weg, wie **Paulus** lehrt *L.* 11. *D. h. t.* Si is, cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus, quam in peculio est, solverit, repetere non potest.

§. 830.

Fortsetzung.

III. Ist die Nichtschuld ein indebitum civiliter tale, so findet nur dann eine Zurückforderung des Gezahlten Statt, wenn die natürliche Verbindlichkeit durch die positiven Gesetze gänzlich vernichtet und aufgehoben worden ist. Die Condiction fällt also weg,

1) wenn etwas zur Erfüllung einer unvollkommenen Pflicht gegeben worden ist, z. B. aus Dankbarkeit, und in der Meinung, eine Wohlthat oder Gefälligkeit zu vergel-

95) Eben dies behauptet auch THIBAUT selbst im System des Pandectenrechts 2. B. §. 973.

gelten. Daß hier das Gegebene nicht wieder zurückgefordert werden könne, leidet an sich keinen Zweifel[96]). Allein der Grund davon liegt nicht in der Natur der unvollkommenen Verbindlichkeit, sondern vielmehr in der freywilligen Leistung dessen, was der Empfänger zu fordern kein Recht hatte, welche als eine Schenkung angesehen wird[97]). Paulus sagt dieses ganz deutlich *L.* 95. §. 2. *D. h. t.* wo es heißt: Id quoque, quod ab causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, *quia donare volui*, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non potest. Es wird aber freylich vorausgesetzt, 1) daß der Gebende gewußt habe, daß er nur unvollkommen verpflichtet sey, und daß er auch 2) habe schenken können. Gab er es hingegen in der Meinung, er sey vollkommen verpflichtet, so läßt sich nicht behaupten, daß die Condiction wegfalle. Man setze z. B. daß jemand seinem Wohlthäter eine Anleihe schuldig zu seyn geglaubt, und aus Irrthum bezahlt habe. Hier kann der condictio indebiti nicht mit Grund entgegengesetzt werden, daß der Kläger gegen ihn die unvollkommene Pflicht der Dankbarkeit gehabt habe, und daher das Gegebene nicht wieder zurückfordern könne[98]). Nur einen Fall enthält das römische Recht, wo der bloßen Liebespflicht die Wirkung beygelegt ist,

96) *L.* 52. *D. h. t.* Cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, *etiamsi falsa causa sit*, repetitio eius pecuniae non est.

97) S. Webers Entwickel. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 49. ferner Desselben Versuche über das Civilrecht S. 289. ff.

98) S. HERT Diss. de condictione indebiti civiliter, debiti naturaliter. §. 22. und de COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 5.

ist, daß sie an sich schon die Condiction ausschließt, wenn gleich die Zahlung in der falschen Meinung geschahe, eine vollkommene Verbindlichkeit zu erfüllen. Diese Ausnahme findet in Ansehung eines Brautschatzes Statt, welchen eine Person von ihrer Mutter oder Großmutter erhalten hat. Hier soll, wenn auch gleich die Empfängerin nicht hätte darauf klagen können, dennoch die bloße Liebespflicht die Wirkung haben, daß der Brautschatz, ob er gleich in der Meinung einer vollkommenen Verbindlichkeit, mithin aus Irrthum und also sine animo donandi gegeben worden war, nicht mit der condictio indebiti zurückgefordert werden können [99]). Diese besondere Verordnung ist aber immer nur als Ausnahme zu betrachten, und kann daher nicht auf andere Fälle in andern persönlichen Verhältnissen ausgedehnt werden [100]).

Man hat zwar auch in der *L. 26. pr. D. h. t.* noch einen Fall dieser Art anzutreffen geglaubt, wo Ulpian sagt: Si non sortem quis, *sed usuras indebitas solvit*, repetere non poterit, *si sortis debitae* [1]) *solvit.* Vermöge die-

99) *L. 32. §. 2. D. h. t.* Mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: *sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.*

100) S. Weber von der natürl. Verbindl. §. 49. S. 149.

1) Baudoza und Haloander lesen *sorti debitas.* Eben so unser Erlanger Pandecten-Codex. Allein daß die Florentinische Leseart *sortis debitae* den Vorzug verdiene, zeigt WALCH in Introduct. in controvers. iuris civ. Sect. III. cap. VI. § 12. Not. *. pag. 675. Man sehe auch *Ger.* NOODT de foenore et usuris Lib. II. cap. 13. circa fin.

dieses Gesetzes nimmt man fast allgemein an, daß Zinsen, welche von einem unverzinslich ausgeliehenen Kapital aus Irrthum indebite bezahlt worden sind, sofern sie nur nicht die gesetzmäßige Quantität übersteigen, nicht zurückgefordert werden könnten, weil die Zinsen als eine Remuneration für die Wohlthat des dargeliehenen Kapitals anzusehen wären, deren Zurückforderung die Pflicht der Dankbarkeit verletzen würde [2]). Ingratus enim est, sagt schon Seneca [3]), qui beneficium reddit sine usura. Allein eines Theils ist man noch selbst über den eigentlichen Sinn dieser Stelle nicht einig, ob sie wirklich, wie die gemeine Meinung annimmt, von einer aus Irrthum geschehenen, oder, wie **Weber** [4]) behauptet, von einer wissentlichen Zahlung nicht schuldiger Zinsen zu verstehen sey; da die Gründe für die letzte Erklärung gewiß nicht unerheblich sind, obwohl **Thibaut** [5]) die gemeine Meinung in Schutz genommen hat; andern Theils aber lehrt auch die *L.* 18. *Cod. de Usuris* unwidersprechlich, daß wenigstens nach diesem

2) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 13. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 6. SCHILTER Praxis iur. Rom. Exercit. XXII. §. 5. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXLVIII. medit. 6. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3089. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 488.

3) Epist. 81.

4) Diss. de usuris indebite solutis. §. 18—21. In Desselben Versuchen über das Civilrecht. S. 316. ff. Ferner Derselbe von der natürlichen Verbindlichkeit §. 49. Not. 8. und zu Höpfners Commentar über die Heinec. Institutionen §. 954. Not. 1. S. 993.

5) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 2. Bd. Nr. V. S. 152. ff.

sem Gesetz die Zurückforderung der aus Irrthum indebite gezahlten Zinsen gar keinem Zweifel unterworffen sey. Es heißt nämlich darin; *Indebitas usuras*, etiamsi ante sortem solutae non fuerint, ac propterea minuere eam non potuerint, licet post sortem redditam creditori fuerint datae, *exclusa veteris iuris varietate repeti posse*, perpensa ratione firmatum est. Man sieht überdies aus diesem Gesetz, daß die Sache überhaupt unter den alten röm. Juristen streitig gewesen sey [6]).

2) Wenn bey der Zahlung eine natürliche Zwangspflicht zum Grunde lag, welche von den positiven Gesetzen nicht ganz aufgehoben, sondern nur in ihren Wirkungen eingeschränkt ist. Es findet daher keine Zurückforderung Statt,

a) wenn Etwas vermöge eines pacti nudi, welches nach dem röm. Recht keine klagbare Verbindlichkeit wirkt, bezahlt worden ist [7]).

b) Wenn ein Gelddarlehn, welches der Schuldner während der väterlichen Gewalt ohne Einwilligung seines

6) Man sehe noch *Io. Frid.* MEISTER Diss. de eo, quod iustum est in usuris pecuniae mutuae annuisque reditibus indebite solutis tum condicendis, tum de sorte detrahendis. *Goettingae 1786.* BAUER Progr. de usuris sorti imputandis vel repetendis (in *Opuscul.* Tom. II. p. 294. sq.) WALCH Controv. iuris civ. pag. 675. sq. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Nr. 73. Not. a. S. 244. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 1113. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 973. not. f.

7) *L. 7. §. 4. D. de pactis. L. 5. §. 2. D. de solut. L. 21. Cod. de pact.*

STAATSBIBLIOTHEK BAMBERG

Vaters aufgenommen hatte, aus Irrthum nachher wieder bezahlt worden ist [8]).

c) Wenn die Klage des Gläubigers durch Verjährung erloschen war, und der Schuldner dennoch aus Irrthum bezahlt hat. Hier fällt die Condiction darum weg, weil die Verjährung nur das Recht zu klagen ausschließt, nicht aber die Verbindlichkeit des Schuldners an sich aufhebt [9]).

d) Wenn

8) *L. 9. §. 4. et 5. L. 10. D. ad SCtum Maced. L. 40. pr. D. de condict. ind.*

9) *L. 40. D. h. t.* Es lassen sich eigentlich hier zwey Fälle gedenken. Den Schuldner veranlaßte entweder eine Unwissenheit des Rechts zur Zahlung, oder er irrte im facto, indem er nicht wußte, daß die Verjährungszeit schon verstrichen sey. Daß in dem ersten Fall keine Zurückforderung Statt finde, leidet keinen Zweifel, weil hier die Absicht des Klägers auf ein Lucrum gerichtet wäre. *L. 7. D. de iuris et facti ignor. L. 9. C. Leg. Falcid.* In dem letztern Falle hingegen gaben die Gesetze dem Schuldner blos eine Einrede gegen die gerichtliche Klage des Gläubigers, und zwar nicht um seinetwillen, sondern zur Strafe des Gläubigers, wegen vernachläßigter Verfolgung seines Rechts. Ubi vero in odium eius, cui debetur, exceptio datur, sagt *L. 40. cit.* perperam solutum non repetitur. Zwar wollen dennoch mehrere Rechtsgelehrten in diesem letztern Falle dem Schuldner die Zurückforderung des Bezahlten gestatten. S. WERNHERI lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 5. Allein der Grund, den man aus der *L. 37. D. de fideiussor.* hernimmt, beweißt diese Meinung nicht. Denn es wird in dem Gesetz nicht gesagt, daß die Bürgschaft nach abgelaufener Verjährungszeit darum nicht gelten solle, weil nun die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners nach Vorschrift der Civilgesetze erloschen sey; sondern es wird vielmehr der Grund angeführt: *quoniam erroris fideiussio nulla est.* Man sehe hier

We-

d) Wenn ein Bürge aus Irrthum unterließ, sich der ihm zustehenden Rechtswohlthat der Ordnung oder der Theilung zu bedienen, und die Schuld bezahlte, ehe der Schuldner ausgeklagt war, oder das Ganze bezahlte, da doch zahlungsfähige Mitbürgen vorhanden waren [10]).

e) Wenn ein Schuldner, der durch die Wohlthat der Competenz gedeckt war, dennoch aus Irrthum das Ganze bezahlte [11]).

Dahingegen findet die Condictio indebiti Statt,

1) wenn zwar an sich eine wirkliche Schuld vorhanden war, von welcher aber der Schuldner durch ein rechtskräftiges Erkenntniß losgesprochen worden ist, wenn dieser dennoch aus Irrthum Zahlung geleistet hat. Viele [12]), zu denen auch **Hellfeld** gehört, sind zwar anderer Meinung. Sie glauben, da durch einen solchen Richterspruch die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners nicht aufgehoben werde, so könne auch keine Zurückforderung Statt finden, und führen selbst Gesetzstellen für ihre Meinung an. **Paulus** lehre dieses ausdrücklich, wenn er *L.* 28. *D. h. t.* sagt: Iudex si male absolverit, et absolutus *sua spon-*

Webers syst. Entwick. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 92.

10) *L.* 26. *L.* 49. §. 1. *in fin. D. de fideiuss.* HERT. cit. Diss. §. 8. et §. 10.

11) *L.* 5. §. 1. *L.* 9. *D. de condict. indeb.* S. HERT. cit. Diss. §. 11.

12) *Ant.* FABER Rational. ad Pand. in L. 60. D. h. t. ZOESIUS Comm. ad Pand. Lib. XLIV. Tit. 2. nr. 14. BROCKES Observat. select. Argum. 1. SCHAUMBURG in Comp. iuris Dig. h. t. §. 3. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 487.

sponte solverit, repetere non potest. Ja er bestärke dieses nochmals in der *L.* 60. *princ.* aus dem Grunde: Licet enim absolutus, *natura tamen debitor permanet.*

Allein offenbar reden diese Gesetze von dem Falle, da der Schuldner, welcher durch einen ungerechten Richterspruch ist losgesprochen worden, dennoch die Schuld von freyen Stücken bezahlt hat, ob er gleich wußte, daß er losgesprochen sey. Nun ist zwar freylich nicht zu läugnen, daß an sich ein ungerechter Ausspruch des Richters, wenn man auf wirkliches Recht, und wirkliches Unrecht sieht, den Schuldner von der natürlichen Verbindlichkeit nicht befreye. Selbst die röm. Rechtsgelehrten haben auch diese an sich fortdauernde natürliche Verbindlichkeit des Schuldners nicht verkannt, wie nicht nur aus der angeführten Stelle des Paulus *L.* 60. *h. t.* sondern auch noch aus einer andern des Venulejus *L.* 8. §. 1. *D. Rem ratam haberi* erhellet. Allein man ist, wie Weber [13]) sehr gründlich bemerkt hat, offenbar zu weit gegangen, wenn man diese Stellen dahin gedeutet hat, daß die erwähnte natürliche Verbindlichkeit auch vor Gericht in der Maaße geltend gemacht werden könne, daß der Gläubiger eine Einrede daraus hernehmen, und den Schuldner damit zurückweisen könne, wenn dieser das Gezahlte zurückfordern wollte. Denn ohne Zweifel muß das als wirkliches Recht gelten, und in den Gerichten dafür angesehen werden, was einmal förmlich und rechtskräftig dafür erkannt worden ist. Ulpian sagt *L.* 25. *D. et statu hom.* Res iudicata pro veritate accipitur; und erklärt sich darüber in der *L.* 56. *D. de re*

13) Syst. Entwickel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 94. S. 405. ff.

re iudicata noch weiter dahin, daß nach rechtskräftig entschiedener Sache durchaus alle weitere Untersuchung über Recht und Unrecht des streitigen Gegenstandes als unzuläßig zu verwerffen sey. Daraus folgt nun, daß das rechtskräftige Urtheil, wodurch der Schuldner absolvirt worden ist, den vollgültigsten Beweis der Nichtschuld ausmachen müsse, und folglich bey geschehener Zahlung aus Irrthum die condictio indebiti begründet sey [14]). Es ergiebt sich dieses noch insonderheit aus *L.* 43. *D. h. t.* wo **Paulus** sagt, wenn Jemand geschworen hat, daß er nichts schuldig sey, so könne er das aus Irrthum Bezahlte zurückfordern. Nun wird dem Eide und einem rechtskräftigen Richterspruche in den Gesetzen gleiche Wirkung beygelegt [15]).

2) Wenn eine Frauensperson aus übernommener Bürgschaft in der Meinung, als ob sie dazu verbunden gewesen, Zahlung geleistet hat [16]). Man rechnet hierher auch

3) wenn ein gerichtlich erklärter Verschwender, oder ein Pupill etwas ohne Einwilligung des Vormundes versprochen, und bezahlt hat [17]), weil **Neratius** *L.* 41. *D. h. t.* den Grund seiner Entscheidung: Quod pupillus, si

G 4 sine

14) Mit Recht sagt *Hugo* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 12. *Absolutus semper pro eo habetur, quasi non deberet.* Quodsi illam vim rei iudicatae concedunt omnes, sciant quoque, hoc admisso, indebiti soluti repetitionem locum habere. Man sehe auch VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 4. de COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 11. und *Io. Sam.* STRYK Diss. de absoluto per sententiam iniustam ad effectus civiles non obligato. *Halae 1710.*

15) *L. 56. D. de re iudic.*

16) *L. 40. D. h. t. L. 9. Cod. ad SCtum Vellejan.*

17) *L. 6. D. de verb. oblig. L. 29. D. h. t.*

sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, solverit, repetitio est, ausdrücklich darin setze, *quia nec natura debet* [18]). Allein hier findet condictio sine causa Statt. Hingegen ist die condictio indebiti begründet,

4) wenn der Gläubiger wegen unerlaubter Privatgewalt sich seiner Forderung an den Schuldner verlustig gemacht, und der Schuldner dennoch aus Irrthum Zahlung geleistet hat [19]).

§. 831.

Fortsetzung.

IV. Ist die Nichtschuld ein indebitum naturaliter tale, so kommt es darauf an, ob die obligatio civilis, vermöge welcher die Zahlung geschahe, von der Art ist, daß der Schuldner mit Wirkung darauf hätte belangt werden können, oder nicht, sondern ihr eine Exception entgegen stand, welche die Klage unwirksam gemacht hätte. Nur in dem letztern Falle findet Zurückforderung des Gezahlten Statt, in dem ersten aber fällt sie weg. Dahin gehört,

1) wenn ich mich mit demjenigen, der eine Forderung an mich machte, verglichen habe, und ich entdecke nachher meinen Irrthum, so findet keine Zurückforderung des Gezahlten Statt, wenn ich auch nichts schuldig war [20]). Denn der Irrthum betrift hier gerade den streitig gewesenen

18) S. *Frid. Gottfr.* HOUCKII Diss. de rationibus veterum ICtor. falso suspectis. *Traj. ad Rhen. 1734.* cap. 3. §. 4. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 360. sq.)

19) *L. 12. §. 2. L. 13. D. Quod metus causa.* Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 94. S. 403.

20) *L. 2. Cod. h. t.*

nen Gegenstand, nämlich die Existenz oder Nichtexistenz der Schuld. Ein solcher Irrthum kann nie dazu benutzt werden, einen geschlossenen Vergleich anzufechten [21]). Ich konnte also auch aus dem Transact mit Wirkung belangt werden. Es muß nur aber dem andern Transigenten kein erweißlicher Dolus zur Last fallen. Dieser würde eine Zurückforderung rechtfertigen, so wie er die Klage aus dem Transact zernichtet haben würde; wie aus folgender Stelle des **Paulus** erhellet. *L.* 65. §. 1. *D. h. t.* Et quidem, *quod transactionis nomine datur*, licet res nulla media fuerit, *non repetitur*: nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse. *Sin autem evidens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est, repetitio dabitur.*

2) Wenn Jemand widerrechtlich zur Zahlung verurtheilt worden ist, und er hat dem Urtheil zu Folge bezahlt, so findet keine Zurückforderung Statt. **Ulpian** sagt *L.* 29. §. 5. *D. Mandati*: propter auctoritatem rei iudicatae repetitio quidem cessat, ipse autem stellionatus crimine propter suam calliditatem plectetur. Eben dieses bestätigt auch eine Verordnung des Kaisers Antoninus *L.* 1. *C. h. t.* wo es heißt: Pecuniae indebitae per errorem, *non ex causa iudicati solutae*, esse repetitionem iure condictionis, non ambigitur.

3) Wenn eine Strafe bezahlt worden ist, welche nach dem Civilrecht verwirkt war, so findet keine Zurückforderung Statt, wenn gleich nachher solche Umstände eingetreten

21) S. den 5. Theil dieses Commentars §. 348. S. 23. f.

ten wären, unter welchen nun auf Seiten desjenigen, welcher die Strafe bezahlt hat, die Schuld wegzufallen scheint. So ist der Ausspruch Ulpians zu verstehen, wenn er *L.* 42. *D. h. t.* sagt: Poenae non solent repeti, quum depensae sunt; womit auch Cajus *L.* 46. *D. de reg. iuris* übereinstimmt, wo es heißt: Quod a quoquo poenae nomine exactum est, id eidem restituere nemo cogitur. Es sind zwar mehrere Rechtsgelehrten [22]) der Meinung, daß zu Folge der angeführten Gesetze bey bezahlten Strafen die condictio indebiti ganz wegfalle, wenn sie auch gleich Anfangs aus Irrthum wären indebite bezahlt worden. Noch andere [23]) unterscheiden, ob von conventional- und solchen Strafen die Rede sey, welche der Richter auferlegt hatte, oder von gesetzlichen Strafen. Nur in jenem Falle finde die Condictio indebiti nicht Statt, wohl aber in dem letztern. Allein daß auch bey Strafen, wenn solche aus Irrthum, und ohne dieselben verdient zu haben, bezahlt worden sind, die condictio indebiti nicht ausgeschlossen sey, lehrt Ulpian deutlich, wenn er *L.* 23. §. 4. *D. h. t.* sagt: Si qua lex ab initio dupli vel quadrupli statuit actionem, dicendum est, solutum ex falsa eius causa repeti posse. Es ist also wohl ausser Zweifel, daß die oben angeführten Gesetzstellen nur von solchen Fällen zu verstehen sind, wo die bezahlte Strafe anfangs verwirkt war, und erst nachher etwas hinzu gekommen ist, wo-

22) *Io. Frid.* BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 9. *Io Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Pand. h. t. §. 25. nr. V.

23) *Amad.* ECKOLT Compend. Pandect. Tractat. h. t. §. 6.

wodurch dieselbe nun indebita geworden zu seyn scheint[24]). Man wird sich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man damit die Beyspiele vergleicht, welche hiervon in den Gesetzen vorkommen. Ein solches Beyspiel führt **Ulpian** in der *L.* 3. § 14. *D. de tabulis exhib.* an, welche eben so, wie die oben angeführte *L.* 42. *D. h. t.* aus desselben *Libro* 68. *ad Edictum* genommen ist, und wahrscheinlich mit der letztern in einer unmittelbaren Verbindung gestanden hat. Ein Legatar klagte, während die Bedingung des Vermächtnisses noch pendens war, gegen den Erben auf Vorzeigung des Testaments. Letzter verweigerte die Vorzeigung, und wurde wegen seines Ungehorsams bestraft. Hier findet keine Zurückforderung der bezahlten Strafe Statt, wenn gleich nachher die Bedingung nicht zur Wirklichkeit kam, und folglich das Interesse des Legatars wegfiel. Quia poena contumaciae praestatur ab eo, qui non exhibet. Ein anderes Beyspiel führt **Modestin** an *L.* 1. § 2 *D. de lege Iulia ambitus*, wo es heißt: Qua Lege damnatus, si alium convicerit, in integrum restituitur: *non tamen pecuniam recipit*[25]). Ein drittes Beyspiel hat **Julian** *L.* 35. *D. h. t.* Qui ob rem non defensam solvit, quamvis postea defendere paratus est, *non repetet*, quod solverit. Ein viertes **Ulpian** *L.* 22. *pr. D. de pignerat. act.* Quod debitor furti actione praestitit creditori, vel condictione, an debito sit impu-

24) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 18. CUJACIUS Observation. Lib. VIII. cap. 39. und besonders *Iac.* VOORDA Interpretation. et Emendation. iuris Rom. Lib. I. cap. 6.

25) Die Strafe bestand in einer Geldsumme von 100. aureis. *L. 1. §. 1. D. de L. Iul. ambit.* Man s. auch *Iac.* CUJACII Observat. Lib. VII. cap. 28.

putandum, videamus? *Et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est, et traditum.*

§. 832.

Eine Entsagung dieser Condiction ist ohne Wirkung.

Es ist bereits oben (S. 71.) bemerkt worden, daß der nächste Grund dieser Condiction in der natürlichen Billigkeit beruhe, welche nicht erlaubt, daß sich Jemand mit dem Schaden eines Andern bereichere. Nam hoc natura aequum est, sagt Pomponius *L.* 14. *D. h. t.* neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. Wenn nun der Empfänger der Nichtschuld sich wirklich reicher befände, würde dem Kläger wohl eine Verzichtleistung mit Wirkung entgegen gesetzt werden können [26])? Es lassen sich hier zwey Fälle gedenken.

1) Es ist blos eine allgemeine Verzichtleistung auf die etwa zustehenden Einreden und Rechtswohlthaten überhaupt geschehen. Hier sind alle Rechtsgelehrten darin einverstanden, daß hierdurch die nachherige Anstellung der condictionis indebiti nicht ausgeschlossen werde. Denn eine Entsagung kann nie weiter, als wirklich die Absicht des Entsagenden gieng, zu dessen Nachtheil ausgedehnt, und auf Etwas erstreckt werden, woran der Entsagende gar nicht dachte [27]); weil alle Entsagung streng zu erklären ist. Nun dachte der Entsagende sicher an den Irrthum nicht, wel-

26) S. *Io.* WUNDERLICH Diss. de condictionis indebiti renunciatione. *Ienae 1757.*

27) *L. 47. §. 1. D. de pactis. L. 24. Cod. de Trans.*

welcher erst nachher ist entdeckt worden. Es kann ihm also auch eine aus Irrthum geschehene Entsagung nicht verbinden [28]), da der Irrthum die Einwilligung ausschließt. Hierzu kommt noch die deutliche Verordnung der *L. ult.* §. 3. *D. h. t.* wo Scävola sagt: Idem quaesiit, an pactum, quod in *pariationibus* [29]) adscribi solet in hunc modum: *ex hoc contractu nullam inter se controversiam amplius esse*, impediat repetitionem? Respondit, nihil proponi, cur impediret.

2) Es ist namentlich der condictio indebiti entsagt worden. Hier sind viel Rechtsgelehrten [30]) der Meinung, daß

28) *L. 15. D. de iurisdict.*

29) Unrichtig lesen hier einige Handschriften und Ausgaben *pactionibus*. Selbst unser Codex Pand. Erlang. hat diese Leseart. Allein *Pariatio* heißt hier, wie *Ant.* AUGUSTINUS Emendation. Lib. IV. cap. 12. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. IV. p. 1543.) dieses Wort ganz richtig erklärt hat, soviel als ea scriptura, qua rationibus redditis, satisfactum esse creditori, aut domino, appareat; von *pariare* d. i. paria facere: hoc est, ita rationes reddere, ut paria expensa sint acceptis. Mit dieser Erklärung stimmt auch *Franc.* DUARENUS in Commentar. ad h. Tit. Cap. XI. *Oper.* pag. 916. überein. Man könnte es im Deutschen einen Rechnungsabschluß nennen. POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXXII. not. i. übersetzt *pariationes* durch *Soldes de comptes*. In den *Basilicis* Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 6. Constit. 67. §. 3. heißt es: Μὴ κωλυόμενος ἐκ τῶν κατὰ συνήθειαν γραφομένων ἐν ταῖς ἀποδείξεσι τὸ μηδεμίαν ἀμφισβήτησιν ἐκ τοῦ συναλλάγματος ὑπολελεῖφθαι. i. e. *Nec tibi impedimento est, quod in apochis adscribi solet in hunc modum: ex hoc contractu nullam controversiam relictam esse.*

30) *Ferd.* VASQUIUS Controvers. P. II. Lib. VI Cap. 63. nr. 9. pag. 504. sq. *Osw.* HILLIGER in Donello enucl. Lib. XIV. cap.

daß eine solche Verzichtleistung der nachherigen Anstellung dieser Klage entgegen stehe. Allein es treten auch hier dieselben Gründe, wie in jenem erstern Falle, ein. Offenbar geschahe auch hier die Entsagung in der irrigen Voraussetzung, der Entsagende sey das wirklich schuldig, was er bezahlt hat. Sie beruhet also auf demselben Irrthum, aus welchem die Zahlung geleistet wurde, und kann folglich auch hier eben so wenig, wie in jenem Falle, von Wirkung seyn. Nam ille, qui renunciat, sagt Cocceji [31]) sehr richtig, certus esse debet de suo iure [32]); hic autem errat, quia putat se debere, et sic hic error excludit consensum. Auch selbst der hinzugekommene Eid kann diesen Mangel der Einwilligung nicht ergänzen, da sich derselbe immer nach der Natur des Hauptgeschäfts richtet, dem er beygetreten ist [33]). Hierin stimmen auch die meisten Rechtsgelehrten [34]) überein.

§. 833.

cap. 18. pag. 1190. COSTALIUS Adversarior. ad h. Tit. Dig. in fin. pag. 367. *Andr.* CLUDIUS Tr. de condict. indebiti. Cap. 5. *Gottl. Ger.* TITIUS in Iur. privato. Lib. V. cap. 17. *Iac. Frid.* LUDOVICI Doct. Pandect. h. t. § ult. und *Mich. God.* WERNHER Lectissim. Commentat. in Pand. h. t. §. 7.

31) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 21.

32) *L. 23. D. de acquir. vel omitt. heredit.*

33) S. WUNDERLICH cit. Diss. §. 13.

34) Vergl. *Franc.* DUARENI Comment. ad h. Tit. Cap. XI. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. ult. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 6. §. 7. in fin. BRUNNEMANN Comm. ad L. ult. §. 3. D. h. t. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad eand. L. STRUV Synt. iuris civ. Exercit. XVIII. §. 42. *Fratr.* BECKMANNORUM Consilia et Decision. P. II. Consil. LXVII. nr. 13—15. pag. 233. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3091. in fin.

§. 833.

Natur der Klage. Beweis der Nichtschuld.

Die Condictio indebiti ist eine persönliche Klage, welche nur gegen den Empfänger der Nichtschuld Statt findet, soweit derselbe bereichert ist, wenn dieser auch ein Pupill seyn sollte [35]). Die Erben haften jedoch für die Nichtschuld, wenn sie gleich für sich dadurch nicht reicher geworden wären [36]). Gegen den dritten Besitzer hingegen hat die Klage nicht Statt, wenn dieser auch gleich dabey gewonnen haben sollte. **Modestinus** sagt dieses *L.* 49. *D. h. t.* nicht undeutlich: His solis pecunia condicitur, quibus quoquo modo soluta est: non quibus proficit. Sollte aber nicht vielleicht gegen den dritten Besitzer die Reivindication zuläßig seyn? Einige Rechtsgelehrten [37]) glauben dieses, und zwar aus dem Grunde, weil derjenige, welcher etwas indebite giebt, solches aus Irrthum thut. Dieser Irrthum aber sey ein error causam dans, und mache, daß die Uebertragung des Eigenthums für nicht ge-

35) Arg. *L.* 3. §. 4. *et L.* 6. *pr. D. de negot. gest. L.* 14. *D. h. t.* VOET Comm. Pand. h. t. §. 11.

36) Gewöhnlich beruft man sich zwar auf *L.* 26. §. 11. *D. h. t.* Allein hier ist nur eigentlich von einem putativen Erben, oder einem bonae fidei possessori hereditatis die Rede, wie *Ant.* FABER in Rational. ad Pand. h. L. ausführlich gezeigt hat. Die Sache aber ist an sich ausser Zweifel, da die Klage eine actio rei persecutoria ist. S. *Iust.* MEIERI Colleg. iuris Argentorat. h. t. §. 8. in fin.

37) DIETERICH Syst. elem. iurisprud. civ. §. 1514. und Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 5. Band §. 1363. S. 259.

geschehen zu achten sey. Allein daß der Irrthum die Uebertragung des Eigenthums nicht hindere, lehrt Julian *L.* 36. *D. de acquir. rer. dom.* Sodann beweißt ja auch schon die Natur der Condiction, welche vom Nichteigenthümer gegen den Eigenthümer angestellet wird, daß das Eigenthum der indebite gegebenen Sache auf den Empfänger übergehe. Gieng nun das Eigenthum durch die Uebergabe, welche ex iusta causa in der Absicht geschahe, ihn zum Eigenthümer zu machen, auf den Empfänger über, so konnte er auch die Sache wieder veräussern [38]). Ich setze freylich voraus, daß der Empfänger in bona fide seyn müsse. Denn ist dieser in mala fide, so hindert desselben Dolus die Uebertragung des Eigenthums. Die Gesetze behandeln den wissentlichen Empfänger einer Nichtschuld als einen Dieb, und geben dem Eigenthümer die condictio furtiva [39]) mit welcher die rei vindicatio concurrirt [40]).

Es entsteht nun die Frage, wem bey der Condictio indebiti der Beweis obliege? Paulus giebt uns hierüber eine sehr gründliche Belehrung in der *L.* 25. *D.*

38) S. *Franc.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. cap. XI. pag. 916. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 16. *Ulr.* HUBER Praelect. iur. civ. in Pand. h. t. §. 2. *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad L. 7. §. 3. D. Commun. divid. LAUTERBACH in Coll. Pand. h. t. §. 23.

39) *L. 18. D. de condict. furt.*

40) *L. 7. §. 1. D. eod.*

D. de probat. et praesumt. [41]). In Gemäßheit derselben sind folgende Fälle zu unterscheiden.

I. Es ist Etwas indebite bezahlt worden, und zwar behauptet

A) der Kläger, er sey dem Beklagten gar nichts schuldig gewesen, sondern die ganze Zahlung sey indebite geschehen. Hier muß zwar der Kläger,

1) wenn der Beklagte den Empfang der Nichtschuld geläugnet hat, den Beweis der Zahlung übernehmen. Hat er aber diesen auf rechtliche Art geführt, und den Beklagten eines arglistigen Läugnens überwiesen; so muß der Beklagte verurtheilt werden, das Empfangene herauszugeben, wenn

41) Viele wollen diese ganze Stelle dem Paulus absprechen, und für ein Emblema Triboniani halten. S. CUJACIUS Observat. Lib. XXI. cap. 26. MERILLIUS Lib. VIII. Observation. cap. 20. SCHULTING ad *Bertrandi* vitam Iulii Pauli, in *Iurisprud. Antejustin.* pag. 199. WISSENBACH Emblemata Triboniani Cap. IV. pag. 51. sqq. edit. *Halens.* und *Ant.* FABER sagt sogar Lib. XVIII. Conjecturar. iuris civ. Lib. XVIII. cap. ult. in fin. *Nihil esse tota illa lege, sive verba sive sensum consideres, totque distinctiones ac subdistinctiones, quibus referta est, quod non sapiat Tribonianum, a principio ad finem usque.* Allein daß dieses Fragment ächt, und sowohl dem Styl als der Jurisprudenz des Paulus vollkommen gemäß sey, hat *August Frid.* MÜLLER *a* BERNECK in Exercit. iuris civ. de probatione indebiti *ad L. 25. D. de probat. Lipsiae 1772.* sehr gründlich gezeigt. Man vergleiche ausserdem noch *Car. Henr.* FISCHER Diss. de probatione condictionis indebiti rite suscipienda, praes. *Aug. Frid.* SCHOTT, *Lipsiae 1767.* def. und *Bav.* VOORDA Diss. de munere probandi in causa indebiti, sive soluti, sive promissi, sec. L. 25. D. de probat. *Lugd. Batavor. 1775.*

wenn er nicht beweisen kann, daß es ihm der Kläger wirklich schuldig gewesen sey. Denn die geschehene Zahlung wird nun zur Strafe des böslichen Abläugnens so lang als nicht schuldig angesehen, bis das Gegentheil von dem Beklagten auf rechtliche Art dargethan worden ist. Paulus sagt: Cum de *indebito* quaeritur, *quis probare debet*, non fuisse debitum? Res ita temperanda est: ut si quidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, *hoc negaverit*; et ipse, qui dedit, legitimis probationibus solutionem adprobaverit, sine ulla distinctione ipsum, qui negavit, sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam accepit. *Per etenim absurdum est*, *eum*, *qui ab initio negavit pecuniam suscepisse*, *postquam fuerit convictus eam accepisse*, *probationem non debiti ab adversario exigere* [42]).

2) Räumt hingegen der Beklagte den Empfang der Zahlung ein, er widerspricht aber dem angeblichen Irrthume, und läugnet, daß die Zahlung indebite geschehen sey; so liegt dem Kläger der Beweis ob, daß er dasjenige, was er bezahlt hat, nicht schuldig gewesen sey. Denn dies macht den Grund seiner Klage aus. Auch hat hier der Beklagte die Vermuthung für sich, weil von einem ordentlichen Menschen nicht zu glauben ist, daß er etwas bezahlen werde, was er nicht schuldig sey [43]). Paulus erklärt sich hierüber

42) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 14. giebt auch noch den Grund an: *Tunc enim*, *quia semel in mendacio deprehensus*, *atque ita malus probatus*, *deinceps in eodem mali genere semper malus adeoque mendax praesumi debet*.

43) CYRILLUS in Schol. Basilicor. Tom. III. pag. 43. macht bey diese Stelle folgende ganz richtige Bemerkung: ὅτι ἐν ᾧ πρόληψις

der auf folgende Art: Sin vero ab initio *confiteatur* quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas: praesumtionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat. *Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet, et indebitas effundat*; et maxime si ipse, qui indebitas dedisse dicit, homo diligens est, et studiosus paterfamilias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse; et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum: et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere.

3) Sollte jedoch der Kläger zu denjenigen Personen gehören, bey denen Unkunde in den Rechten und Geschäften des bürgerlichen Lebens angenommen wird, wie z. B. Weibspersonen, Soldaten, Bauern; oder ist der Kläger noch unmündig, oder minderjährig, oder zwar schon großjährig, aber von schwachem Verstande, oder in seiner Haushaltung ein bekannter nachläßiger Mensch, so sind solche Personen, wenn sie condictionem indebiti anstellen, mit dem Beweis der Nichtschuld zu verschonen, und es muß vielmehr der Empfänger beweisen, daß er das ihm Bezahlte wirklich zu fordern gehabt habe. Folgende Worte des Paulus sind hier merkwürdig: Sin autem is, qui indebitum queritur, vel *pupillus*, vel *minor* sit, vel *mu-*

ψις ὑπὲρ τινος δείκνυται, ὁ τούτου διάδικος βαρεῖται ταῖς ἀποδείξεσι, καὶ ὅτι ὁ καταβαλὼν τινι, δοκεῖ κατά πρόληψιν δέβιτον αὐτῷ καταβαλεῖν. i. e. *Cum praesumtio pro aliquo facit, adversario onus probationis incumbere, et eum, qui alicui solvit, videri praesumtione ipsi debitum solvisse.*

lier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed *miles*, vel *agricultor*, et *forensium rerum expers*, vel *alias simplicitate gaudens*, et *desidia deditus* 44): tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere, bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas, et si non ostenderit, eas redhibere.

B) Behauptet der Kläger, daß nicht die ganze Summe, sondern nur ein Theil derselben indebite bezahlt sey, z. B. er habe statt hundert, die er schuldig war, zweyhundert bezahlt; oder daß er zwar ehemals schuldig gewesen, allein aus Unwissenheit, daß die Schuld getilgt sey, noch einmal bezahlt habe; oder daß er Etwas bezahlt habe, wogegen er durch eine beständige Einrede gedeckt gewesen wäre, wenn ihn der Gläubiger belangt hätte; so muß er allemal

44) CUJACIUS Observat. Lib. XXI. cap. 26. glaubt hier die ganze Charakteristik eines Mönchs zu finden: Sunt emim ignaviae sectatores Monachi, non quod desidia vel ignavia sit sacris litteris operam dare, et assiduas ad Deum agitare preces, sed quod sit haec vivendi ratio procul mota a republica, fugaxque rerum, ideo videtur esse desidia et simplicitas, quia sibi placent in hominum rerumque humanarum ignoratione. Tales erant primi nonni, primaeque nonnariae. Dies soll denn ein neues Argument seyn, diese ganze Stelle für einen Tribonianismus zu halten. Es ist unglaublich, auf welche Grillen oft große Geister verfallen. Man lasse dem Paulus, was des Paulus ist, und denke mit NOODT in Comm. ad Dig. Lib. XXII. Tit. 6. pag. 482. quod huiusmodi homines, qui sunt *desidiae dediti*, non cum Monachis esse coeperint. Contra fuerunt illi semper, etiam ante Monachos, et adhuc sunt, praeter Monachos! Man sehe auch *Corn van* BYNKERSHOEK Observat iuris Rom. Lib. VIII. cap. 25. in fin. und WALCH ad *Eckhardi* Hermeneutic. iuris. pag. 458.

mal den Beweis übernehmen, weil er immer die Vermuthung gegen sich hat[45]). Es finden auch hier nicht jene Rücksichten in Absicht auf die Qualität des klagenden Subjects Statt, wie in jenem ersten Falle. Man wird sich hiervon aus folgenden Worten des Paulus überzeugen. Sed haec ita, si totam summam indebitam fuisse solutam is, qui dedit, contendat. Sin autem *pro parte* queritur, quod *pars pecuniae* solutae debita non est: vel quod ab initio quidem debitum fuit, sed vel dissoluto debito, postea ignarus iterum solvit, vel exceptione tutus, errore eius, pecunias dependit: *ipsum omnimodo*[46]) *hoc ostendere, quod vel*

45) *Fr.* DUARENUS in Comment in Tit. Dig. et Cod. de probationib. cap. 4. *Operum*. pag. 939. sagt: Cum enim fatetur quis partem eius pecuniae, quae soluta est, deberi, credibile est, ei totum debitum fuisse, nisi contrarium probetur: aut si fatetur totum ab initio quidem debitum fuisse, non creditur postea desiisse debitum fuisse, nisi contrarium probetur.

46) Das Wort *omnimodo* soll offenbar dahin deuten, daß hier die Qualität des Klägers nicht in Betrachtung komme. Es erhellet dies ganz deutlich aus den Basiliken Tom. III. Lib. XXII. Tit. I Const. 25. pag. 5. wo diese Stelle so lautet: Εἰ μέντοι τις μὴ τὸ πᾶν λέγει καταβαλεῖν, μὴ χρεωςούμενον, ἀλλὰ μέρος, ἢ δεύτερον, ἢ παραγραφὴν ἐσχηκέναι, αὐτὸς οἷος ἂν εἴη, δείκνυσιν ὅ φησιν. i. e. *Sin autem quis non totam summam indebitam fuisse solutam dicat, sed vel partem, vel bis idem solvisse, vel exceptionem omisisse, ipse,* QUALISCUNQUE SIT, *quod dicit, probat.* Theodorus Hermopolites hat den Sinn des römischen Juristen in seinem Scholion zu den Basiliken bey Fabrot Tom. III. pag. 41. noch deutlicher erklärt, wenn er sagt: Εἰ δὲ μέρος μέν δέβιτον, μέρος δὲ ἰνδέβιτον εἶναὶ φησιν, ἢ καὶ αὐτὸ τὸ πᾶν δέβιτον εἶναὶ

vel plus debito persolvit, vel iam solutam pecuniam per errorem repetita solutione dependit, vel tutus exceptione suam nesciens projecit pecuniam; secundum generalem regulam, quae *eos, qui opponendas esse exceptiones adfirmant, vel solvisse debita* [47]) *contendunt, haec ostendere* exigit.

II. Ist noch keine Zahlung geschehen, sondern nur eine Handschrift (cautio) ausgestellet worden, und diese Handschrift wird als ein indebitum zurückgefordert, so

εἶναι μὲν τὴν ἀρχὴν, λυθέντος δε διά καταβολὴν ἀληθοῦς χρέους μετά ταῦτα πλάνη δίς τό ἀυτὸ καταβεβληκέναι, ἢ καὶ παραγραφὴν μὲν ἔχειν λήδη το χρέος ταῦτα καταβαλειν, τότε ἀυτὸς βαρειται ταις ἀποδείξεσι, κᾀν τοιοῦτος ἐςιν ὃν ἀρτίως ἐκουφίσαμεν τȣ̃ βάρους τῶν ἀποδείξεων. i. e. *Sin autem partem quidem debitam, partem vero indebitam solutam dicat: vel totum quidem ab initio debitum fuisse, dissoluto autem vero debito postea per errorem iterum solvisse, vel etiam exceptione tutum per oblivionem haec solvisse, tunc ipsi onus probationis incumbit*, ETIAMSI EX IIS PERSONIS SIT, QUAS PAULO ANTE NECESSITATE PROBANDI EXONERAVIMUS. Die lateinischen Glossatoren erklären das OMNIMODO so: *forsan quod neque inficiationis, neque personae ratio habetur.* Die Erklärung der Griechen nehmen auch LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pandect. h. t. § 24. ibique Tab adj. lit. B und HILLIGER in Donello enucleato P. II. Lib. XXV. cap. 3. pag. 1330. an.

47) Mehrere Ausgaben z. B. Haloander, und Baudoza lesen hier *indebita*. Diese Leseart ist aber dem Sinn des Paulus ganz zuwider. Denn der Kläger behauptet ja, daß die Schuld schon getilgt gewesen, die er aus Irrthum noch einmal bezahlt haben will. Er muß also auch beweisen, daß er die Schuld schon bezahlt habe. Erst von diesem Beweis hängt es ab, ob das, was er condicirt, eine Nichtschuld sey.

so kommt es darauf an, ob darin der Grund der Schuldverbindlichkeit ausgedruckt ist, oder nicht. In dem letztern Falle wird ein indebitum vermuthet, und dem Beklagten liegt der Beweis ob, daß eine wirkliche Schuld vorhanden sey. In dem ersten Falle hingegen beweißt das schriftliche Schuldbekenntniß so lang gegen den Aussteller desselben, als dieser nicht durch den evidentesten schriftlichen Gegenbeweis dargethan hat, daß keine Schuldverbindlichkeit vorhanden sey. Diesen letztern Fall entscheidet **Paulus** in folgenden Worten des oben gedachten Gesetzes: Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. *Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur*, et *indiscrete loquitur*: tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse, ostendere, quod in cautionem deduxit: nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit. *Tunc enim stare eum oportet suae confessioni: nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse.* Ist auf eine cautio indiscreta bereits Zahlung geleistet worden, und es wird nun das Bezahlte als eine Nichtschuld zurückgefordert, so bleibt es bey der Regel, daß der Kläger den Beweis der Nichtschuld führen muß[48]).

Hieraus ergiebt sich nun auch, was eigentlich bey der condictio indebiti dem Kläger zu beweisen obliegt. Eigentlich sind es drey Punkte, welche zur Begründung der Klage gehören. 1) Es muß eine Zahlung geschehen seyn;

 2) es

48) S. Weber zu Schmidts Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 1363. not. e. und HUBER Praelect. iur. civ. Lib. XII. Tit. 6. §. 5. Anderer Meinung ist THIBAUT in Syst. des P. R. 2. B. §. 973.

2) es muß diese Zahlung indebite, und 3) aus Irrthum geschehen seyn. Alle diese Punkte sind faktisch, und müßten also im Läugnungsfalle eigentlich von dem Kläger bewiesen werden. Allein nicht immer geschieht es, daß dem Kläger der Beweis über alle diese drey Punkte obliegt. Denn läugnet der Beklagte arglistig den Empfang der ihm geschehenen Zahlung, und wird dessen überführt; so braucht nun der Kläger nicht mehr, wie sonst, die Nichtschuld zu beweisen, sondern dem Beklagten liegt jetzt ob, zu beweisen, daß ihm der Kläger das, was er von ihm erhielt, wirklich schuldig gewesen sey. Ausserdem aber muß der Kläger, wenn er nicht zu den im Gesetz ausgenommenen Personen gehört, den Beweis der Nichtschuld übernehmen. Ist jedoch dieser Beweis geführt, so wird, weil Freygebigkeit im Zweifel nicht vermuthet wird, hierdurch zugleich eine so starke Wahrscheinlichkeit, daß die Zahlung aus Irrthum geschehen sey, bewirkt, daß der Kläger zum Erfüllungseide gelassen werden kann [49].

In

49) S. BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 1. Dig. h. t. nr. 2. in fin. und SCHAUMBURG in Comp. iuris Dig. h. t. §. 4. in fin. Viele behaupten jedoch, es bedürfe eines solchen Eides gar nicht einmal, sondern sey das indebitum erwiesen, so müsse der Irrthum so lange rechtlich vermuthet werden, bis das Gegentheil dargethan ist. S. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 28. Def. 21. nr. 5. SCHOEPFER Synops. iuris priv. h. t. nr. 16. Anderer Meinung ist zwar TITIUS in Iure privato Rom. Germ. Lib. V. Cap. 17. §. 34. welcher behauptet, man müsse im Zweifel vielmehr eine Schenkung vermuthen, bis der Irrthum erwiesen ist. Allein man sehe Webers Versuche über das Civilrecht. S. 329. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 1114. in fin.

In Ansehung der Beweismittel ist noch zu bemerken, daß zwar in allen den oben vorgetragenen Fällen demjenigen, welchem der Beweis obliegt, freysteht, sich auch der Eidesdelation zu bedienen, wie **Paulus** ausdrücklich lehrt, wenn er sagt: In omnibus autem visionibus [50]), quas proposuimus, licentia est concedenda ei, cui onus probationis incumbit, *adversario suo de rei veritate iusiurandum inferre*, prius ipso pro calumnia iurante, ut iudex iuramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, iure referendae religionis ei servando. Es ist jedoch der Fall auszunehmen, da der Gegenbeweis wider ein schriftliches Bekenntniß geführt werden soll, in welchem die Ursach der Schuldverbindlichkeit ausgedruckt ist, wenn diese Handschrift, als indebite ausgestellt, zurückgefordert wird. Hier kann der Beweis vom Gegentheil dessen, was im Eingeständniß enthalten ist, anders nicht, als durch klare Dokumente geführt werden. Eben dieses hat Kr. **Justin** nochmals in der *L.* 13. *Cod. de non num. pecun.* bestätigt. Warum hier die Eidesdelation nicht zuläßig sey, ist leicht zu begreiffen. Denn wer etwas schriftlich bekannt hat, kann doch dem Andern nicht zumuthen, einen Eid darüber abzulegen, ob auch das Eingestandene wahr sey. Allein warum ein Beweis durch Zeu-

50) *Visiones* sind nichts anders als casus, oder Species. Vielen scheint dieser Ausdruck verdächtig, und Tribonians Hand zu verrathen. Allein die Aechtheit desselben haben *Corn. van* BYNCKERSHOEK in Observat. iuris Rom. Lib. III. cap. 12. pag. 181. edit. *Heinec.* und *Io.* WYBO in Triboniano ab Emblematibus *Wissenbachii* liberat. Cap. II. §. 4. ausser allem Zweifel gesetzt. Man sehe auch WALCH ad ECKHARDI Hermeneut. iuris Lib. I. Cap. 6. §. 266. pag. 497. sq.

Zeugen nicht zuläßig sey, ist schwerer zu errathen. Hilliger [51]) giebt folgenden Grund an: quia natura rei testes non admittit. Nam etsi testes adfuerint, cum chirographum daretur, in quo se centum mutuo accepisse, reus fatetur, quo tamen animo caverit, et an sciverit, ita se habere, aliudve senserit, divinare nequeunt. Wie nun aber der Beweis eines schriftlichen Eingeständnisses durch evidenten schriftlichen Gegenbeweis entkräftet werde, zeigt Hilliger aus folgenden Beyspielen. Finge: Heres errore cavit legatariis, se illis 100, quae debeat ex testamento, daturum. Prolato eo adparet, 50 solum legata esse, vel legata 100, sed codicillis postea ademta. Item qui cavit soluturum 20, quae debeat ex causa emti, prolatis emtionis tabulis probare potest, se 10. solum debere. Justinian läßt indessen in einer neuern Verordnung [52]) auch unverwerfliche Zeugen zu.

§. 834.

Wenn fällt die condictio indebiti weg?

Die condictio indebiti fällt weg

I. wenn die Bezahlung der Nichtschuld wissentlich und aus freyen Willen geschahe [53]). Denn wer wissentlich und aus freyem Willen Etwas giebt, was er nicht schuldig ist, ent-

51) Donelli enucleati P. II. Lib. XXV. cap. 8. pag. 1355. sq.

52) *L. 14. Cod. de contrab. et committ. stipulat.* S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 2. Band Nr. XLVI. §. 12. S. 376.

53) *L. 1. §. 1. L. 26. §. 2. D. h. t. L. 9. pr. Cod. eodem.* In allen diesen Gesetzen heißt es: Indebitum solutum sciens, non

entsagt ja seinem Rechte und Eigenthume daran gänzlich. Er kann also das Gegebene schon darum nicht zurückfordern, weil bey ihm die Absicht zu schenken angenommen wird [54]), oder wenn etwa die Zahlung in der Absicht gesche-

non recte repetit. S. Webers Versuche über das Civilrecht. S. 305 ff.

54) *L.* 7. §. 2. *in fin. D. Pro emtore.* Gewöhnlich führt man auch die *L.* 53. *D. de Reg. iuris* an, wo Paulus sagt: Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est? Allein Paulus handelte *Libro XLII. ad Edictum*, woraus diese Stelle genommen ist, an dem Orte, wo er diese Regel brauchte, eigentlich von der actio Faviana, wie aus *L.* 5. *D. Si quid in fraudem patroni*, *L.* 4. *et L.* 9. *D. de bonis libertor.* erhellet, welche alle aus demselben Buche das Paulus genommen sind. Diese Klage hatte zwar Statt, wenn die zum Nachtheil des Patrons unternommene Handlung des Freygelassenen als eine Schenkung angesehen werden konnte. *L.* 6. *D. Si quid in fraud. patr.* Allein gegen den Gläubiger hatte sie nicht Statt, wenn ihm eine Schuld bezahlt worden war, und auch nicht einmal alsdann, wenn gleich die Handlung des zahlenden Freygelassenen einer Schenkung nicht unähnlich war. *L.* 1. § 19. *D eodem.* Wenn also der Freygelassene zum Nachtheil seines Patrons wissentlich eine Nichtschuld bezahlt hatte, so kam es bey der Frage, in wiefern dem Patron deswegen die actio Faviana zustehe, darauf an, ob, im Falle die Zahlung aus Irrthum geschehen wäre, eine Zurückforderung Statt gehabt hätte, oder nicht. Im erstern Falle war die actio Faviana begründet, weil hier die Bezahlung der Nichtschuld als eine wahre Schenkung zu betrachten war *L.* 6. vergl. mit *L.* 53. *D. eod.* In dem letztern Falle hatte hingegen die Klage nicht Statt, weil hier eine Schuld bezahlt war, wenn auch gleich deswegen nicht hätte geklagt werden können. *L.* 19. §. 4. *D. de donat.* S. *Iacob.* VOORDA Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. II. cap. 1.

schehen seyn sollte, um einen verbotenen Handel zu erfüllen, so handeln ja beyde Theile, der Zahler und Empfänger, gesetzwidrig, in welchem Falle aber immer der Vortheil auf Seiten des Besitzers ist [55]). Jedoch leidet jene Regel folgende Ausnahmen.

1) Wenn der Bezahlende eine solche Person ist, welche nicht über das Ihrige eigenmächtig disponiren konnte, und bey welcher sich also juristisch kein animus donandi annehmen läßt. Z. B. wenn ein Pupill, Minderjähriger oder gerichtlich erklärter Verschwender ohne vormundschaftliche Einwilligung contrahirt und bezahlt hat. Daß hier Zurückforderung des Bezahlten Statt finde, lehrt Ulpian in folgenden Worten der *L. 29. D. h. t.* Interdum *persona* locum facit repetitioni, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate, vel is, cui bonis interdictum est, solverit. *Nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur.*

2) Wenn die Bezahlung der Nichtschuld unter solchen Umständen geschehen ist, welche die Vermuthung, daß der Zahlende habe schenken wollen, ausschließen. Dahin gehört,

a) wenn Jemand im Executiv-Proceß zur Bezahlung verurtheilt wird, weil seine Einreden nicht liquid waren. Hier kann er separato processu das Bezahlte, als ein indebitum, condiciren [56]).

b) Wenn

55) *L. 3. L. 8. D. de condict. ob turp. vel iniust. caus.* S. Webers systemat. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 75. et 76.

56) S. WERNHERI select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 240. und Webers angef. Versuche S. 306.

b) Wenn Jemand bey der Zahlung protestirt hatte, daß er sich sein Recht vorbehalten haben wolle, wenn er etwa indebite bezahlt hätte [57]).

c) Wenn Jemand zwar wissentlich etwas zahlt, was er nicht schuldig war, aber aus einem andern rechtlichen Grunde von dem Empfänger Ersatz fordern kann [58]) Z B. wenn mir Jemand eine fremde Sache verkauft hat, von welcher er nachher Eigenthümer geworden ist, und er vindicirt nun selbst seine Sache, so kann ich ihn mit der exceptione doli zurückweisen, und seine Klage vereiteln. Will ich aber dieses nicht, so kann ich ihm seine Sache hingeben, und dann auf Evictionsleistung klagen, welches mir in dem Falle vortheilhafter seyn kann, wenn ich mir etwa auf den Fall der Entwährung das Doppelte stipulirt habe [59]).

3) Wenn die bürgerlichen Gesetze in gewissen Fällen die Zurückforderung dessen, was der andere widerrechtlich em-

57) *L.* 2. *pr. D. h. t.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. und Weber a. a. O.

58) Denn Verzichtleistungen sind immer streng zu erklären, und können nicht von einer Sache auf die andere ausgedehnt werden. *L.* 21. *Cod. ad SCtum Vellejan.* S. Weber a. a. O. S. 307.

59) *L.* 17. *D. de eviction.* Vindicantem venditorem rem, quam ipse vendidit, *exceptione doli* posse submoveri, nemini dubium: quamvis alio iure dominium quaesierit. Improbe enim rem a se distractam evincere conatur. Eligere autem emtor potest, utrum rem velit retinere, intentione per exceptionem elisa, *an potius, re ablata, ex causa stipulationis duplum consequi.* S. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf §. 364.

empfing, gestatten, obgleich der Zahlende gewußt hat, daß er zu dem, was er gab, nicht verbunden war [60]). Es kann hierbey die Absicht der Gesetze entweder

a) dahin gehen, um zu verhüten, daß Jemand durch listige Beredung anderer um das Seinige gebracht werde. Aus diesem Grunde kann dasjenige, was über 500 Soliden ohne gerichtliche Insinuation unter den Lebenden geschenkt worden ist, zurückgefordert werden [61]). Oder die Gesetze können auch

b) einen Gewissen Vertrag aus der Ursache verboten haben, weil selbst dem gemeinen Wesen daran liegt, daß das Gegebene dem verbleibe, der sich desselben hat entäussern wollen. Dies ist der Fall, wenn Jemand, dem zu seinem künftigen Unterhalt gewisse Güter vermacht worden sind, ohne Zustimmung des Richters einen Vergleich schließt, und vermöge desselben die vermachten Güter weggiebt [62]). Oder es konnte endlich

c) das verbietende Gesetz nur durch Entziehung des unrechtmäßigen Vortheils, welchen der Empfänger zum Schaden des andern Contrahenten aus dem Handel ziehen würde, seine ganze Wirkung erreichen; wie z. B. bey dem verbotenen Zinswucher, dem commissorischen Vertrage bey Ver-

60) Hier verdient vorzüglich Weber in der syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 77. verglichen zu werden.

61) *L. 27.* und *L. 36. §. 3. Cod. de donat.*

62) *L. 23. §. 2. D. h. t.* Item si ob transactionem alimentorum testamento relictorum datum sit, apparet posse repeti, quod datum est: quia transactio Senatusconsulto infirmatur.

Verpfändungen, dem pacto de quota litis, u. dgl. Ueberall ist hier der Gläubiger immer derjenige, dem eigentlich die übertretung des Gesetzes nur allein zur Last gelegt wird, und gegen dessen Gewinnsucht die Gesetze den Schuldner in Schutz nehmen; weshalb die Zurückforderung des ungebührlichen Vortheils ohne Bedenken Statt findet [63]). Keiner von diesen Gründen ist nun zwar auf denjenigen anwendbar, der in einem verbotenen Hazardspiele eine Summe verlohren, und das Verlohrne bezahlt hat. Es sollte also hier bey der Regel bleiben, nach welcher in pari causa illicita derjenige, dem Etwas bezahlt worden ist, von dem andern Theil nicht in Anspruch genommen werden soll [64]). Gleichwohl gestatten auch hier ausdrückliche Gesetze dem Mitspieler selbst die Zurückforderung der Spielschuld ohne Ausnahme [65]). Eigentlich aber wird in diesen Fällen nicht sowohl die condictio indebiti, als vielmehr die *condictio sine causa* anzustellen seyn.

II. Die Condictio indebiti fällt weg, wenn der Irrthum kein solcher ist, welcher rechtliche Entschuldigung verdient. Um dieses gehörig zu beurtheilen, ist folgender Unterschied zu machen.

1) Der Irrthum ist ein factischer. Einen solchen Irrthum entschuldigen die Gesetze, er mag fremde Handlungen, oder die eigenen Handlungen des Irrenden betref-

fen

63) Siehe Webers angef. Entwickelung §. 77. S. 332.

64) *L. 3. D. de condict. ob turp. causam.*

65) *L. 3. Cod. de aleatorib.*

sen [66]). Es sey von einem wirklichen Schaden, oder von einem bloßen Gewinn die Rede [67]). Er muß nur keine grobe Unwissenheit zum Grunde haben [68]).

2) Der Irrthum rührt aus einer Unkunde des Rechts her. Hier ist wieder zu unterscheiden. Derjenige, welcher aus Unwissenheit des Rechts etwas, was er nicht schuldig war, bezahlt hat, hat entweder

a) dadurch blos einen Gewinn verlohren, wodurch er sein Vermögen hätte vermehren können. Hier findet die Condiction in der Regel nicht Statt. Z. B. der Erbe hat aus Unwissenheit des Rechts die Vermächtnisse ganz ausgezahlt, ohne die Falcidische Quarte abzuziehen. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 9. §. 5. D. de iuris et facti ignor. Si quis ius ignorans, Lege Falcidia usus non sit, nocere ei dicit epistola *Divi Pii.* Sed et Imperatores *Severus* et *Antoninus* in haec verba rescripserunt: *Quod ex causa fidei-*

66) *L. 22. pr. D. h. t. L. 19. §. 6. D. locati. L. 10. Cod. de iuris et facti iguor.* wo es heißt: Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere, tibi notum est. S. *Io. Wilb.* MARCKART Exercitat. acad. Exerc. II. Cap. 1. §. 5. p. 74.

67) *L. 8. D. de iuris et facti ignor.* Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest. S. MARCKART cit. Exercit. Cap. II. §. 4.

68) *L. 6. D. de iuris et facti ignor.* Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis. S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. und von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Nr. 70.

fideicommissi indebitum datum est, si non per errorem solutum est, repeti non potest. — Quodsi ideo repetitionem eius pecuniae habere credunt, quod imperitia lapsi Legis Falcidiae beneficio usi non sint: sciant, ignorantiam facti, non iuris prodesse: nec stultis solere succurri, sed errantibus. — Item et illa pars aeque generalis est, *ut qui iuris ignorantia Legis Falcidiae beneficio usi non sunt, nec possint repetere.*

L. 9. Cod. ad Legem Falcid. Error facti quartae ex causa fideicommissi non retentae repetitionem non impedit. Is autem, qui sciens se posse retinere, universum restituit, condictionem non habet: *quin, etiamsi ius ignoraverit, cessat repetitio* [69]).

In

69) Durch die *L. 18. Cod. ad Leg. Falcid.* ist hierin nichts geändert worden. *Guil.* RANCHINUS Variar. Lection. Lib. III. cap. 5 und *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. VII. cap. 7. sind zwar anderer Meinung, und wollen auch sogar die Condiction einer aus Unwissenheit des Rechts nicht abgezogenen Falcidie gestatten. Allein ohne allen Grund. Die *L. 18. Cod.* enthält davon kein Wort. Die ganze Meinung beruhet auf einer falschen Voraussetzung, als ob vor Justinian dem Erben nur eine retentio quartae, aber noch keine vindicatio zugestanden hätte, welche aber *Iac.* VOORDA in Commentar. ad Leg. Falcid. Cap. XIII §. 3 durch die ganz entscheidende *L. 26 pr. D. ad Leg. Falcid.* hinlänglich widerlegt hat. Hätte ohnehin der Falcidie wegen keine Vindication Statt gehabt, wie konnte die Frage entstehen, ob eine repetitio quartae ex causa fideicommissi non retentae zulässig sey? Man sehe hier vorzüglich PÜTTMANNI Interpretat. et Observation. lib. sing. Cap. 34.

In diesem Falle, wo es bloß auf Wiedererlangung eines Gewinnes ankommt, den man aus rechtlicher Unwissenheit aus den Händen gelassen hat, gereicht der Rechtsirrthum auch nicht einmal denen zur Entschuldigung, welchen sonst eine Unwissenheit des Rechts nicht zur Last gelegt wird. Von den Frauenspersonen bestätigen dies folgende Gesetze.

L. 8. D. de iuris et facti ignor. Iuris autem error *nec foeminis in compendiis* prodest.

L. 3. Cod. eodem. Si emancipata a patre, intra annum bonorum possessionem petere cessasti: praetendere *iuris ignorantiam* nullis rationibus potes.

L. 5. Cod. Qui admitti ad bonor. possession. possunt. Iuris ignorantiam *nec mulieribus prodesse* in Edicti perpetui cursu de agnoscenda bonorum possessione, manifestum est.

Eben dies gilt auch von Bauern und andern einfältigen Personen, deren in der *L. 25. §. 1. D. de probat.* Erwähnung geschiehet [70]. Nur in Ansehung der Minderjährigen, wenn sie nicht für Rechtskunde öffentlich authorisirt sind, und in Ansehung der Soldaten machen die Gesetze eine Ausnahme, welchen auch sogar beym Gewinnen die Unwissenheit des Rechts zu gute gehalten wird [71], wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 7.

70) *L. 2. in fin. D. de iure fisci.* S. CUJACII Observation. Lib. V. cap. 39.

71) *L. ult. pr. Cod. de iure delib.* führt in Ansehung der Soldaten den Grund an: *Arma etenim magis, quam iura, scire mili-*

L. 7. §. 6. D. de minorib. Hodie certo iure utimur, *ut et in lucro minoribus ſuccurratur.*

L. 11. Cod. de iur. et facti ignor. Quamvis *in lucro* nec foeminis ius ignorantibus ſubveniri ſoleat: *attamen contra aetatem adhuc imperfectam locum hoc non habere*, retro Principum ſtatuta declarant.

L. 2. Cod. Si adverſ. ſolution. Indebito legato, *licet per errorem iuris a minore ſoluto*, repetitionem ei decerni, ſi necdum tempus, quo reſtitutionis tribuitur auxilium, exceſſerit, rationis eſt.

L. 9. §. 1. D. de iuris et facti ignor. Si filiusfamilias *miles*, a commilitone heres inſtitutus, neſciat, ſibi etiam ſine patre licere adire, *per Conſtitutiones principales ius ignorare poteſt*, et ideo ei dies aditionis non cedit.

Dieſe leztere Stelle widerlegt zugleich die Meinung derjenigen, welche den Soldaten beym Gewinn entweder gar kein Vorrecht geſtatten [72]), oder es wenigſtens nur auf den Fall einſchränken wollen, da ſie nicht ſowohl in Anſehung des gemeinen Rechts, ſondern nur in Anſehung der ihrem Stande zuſtehenden Privilegien geirrt haben [73]). Z. B. wenn ein Soldat in einem Falle, wo er ſich der Rechts-

 wohl-

milites, ſacratiſſimus Legislator exiſtimavit. Man ſehe hier vorzüglich *Hug.* DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. I. cap. 21. und THIBAUT Syſt. des P. R. 1. B. §. 28.

72) *Io. Wilh.* MARCKART Exercitat. academ. *Hardervici 1751.* Exercit. II. Cap. III. §. 3.

73) *Io. Eberw.* REICHMANN Diſſ. de condictione indebiti ob ignorantiam iuris non excludenda. *Marburgi 1723.* Cap. II. §. 14.

wohlthat der Competenz bedienen konnte, die Schuld ganz bezahlt hat [74]); so könne er soviel, als er zu seinem Lebensunterhalt nöthig habe, zurückfordern [75]).

b) Der Zahlende hat aus Unwissenheit des Rechts eine wirkliche Verminderung seines bereits erworbenen Vermögens erlitten. Hier kommt es darauf an,

1) ob derjenige, welcher die Nichtschuld bezahlt hat, zu den privilegirten Personen gehört, welchen die Gesetze die Unwissenheit des Rechts verzeihen. Dahin gehören Minderjährige, Soldaten, Frauenspersonen, Bauern, und andere einfältige Personen [76]). Diesen wird der Rechtsirrthum nicht zum Nachtheil angerechnet, und sie können daher das Gezahlte, als eine Nichtschuld, zurückfordern. Es verdienen hierüber folgende Stellen verglichen zu werden.

L. 9. pr. D. de iuris et facti ignor. Regula est: *iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.* Videamus igitur, in quibus speciebus locum habere possit: ante praemisso, *quod minoribus viginti quinque annis ius ignorare permissum est*: quod et *in foeminis in quibusdam caussis propter sexus infirmitatem dicitur*: et ideo sicubi non est delictum, *sed iuris ignorantia, non laeduntur.* Hac ratione, si minor viginti quinque annis filiofamilias crediderit, subvenitur ei, ut non videatur filiofamilias credidisse.

L. 13.

74) *L. 6. D. de re iudicata.*

75) S. LAUTERBACH Diss. de beneficio competentiae §. 23. et REICHMANN cit. loc. §. 15.

76) *L. 1. §. fin. D. de edendo. L. 25. §. 1. D. de probation.* und *L. 2. §. fin. D. de iure fisci.*

L. 13. *Cod. eodem.* Ne passim liceat mulieribus omnes suos contractus retractare, in his, quae praetermiserint, vel ignoraverint; statuimus, *si per ignorantiam iuris damnum aliquod circa ius vel substantiam suam patiantur, in his tantum casibus, in quibus praeteritarum legum auctoritas eis suffragatur, subveniri.*

Aus der letztern Stelle ergiebt sich, worauf das geht, wenn **Paulus** in jener erstern sagt, daß den Frauenspersonen nur *in quibusdam causis* die Unwissenheit des Rechts propter sexus infirmitatem nichts schade. Es bezieht sich dies nämlich nur auf diejenigen Fälle, wo von einem wirklichen Verlust die Rede ist, den sie durch Unkunde des Rechts an ihrem Vermögen oder Rechten entweder schon erlitten, oder zu befürchten haben, z. B. durch Strafe wegen der Uebertretung eines bürgerlichen Verbots [77]); dahingegen dieselben, wenn von der Erlangung eines blossen Gewinnes die Rede ist, keine rechtliche Verzeihung erhalten [78]). **Marckart** [79]) glaubt zwar, der Rechtsirrthum

77) *L.* 38. §. 2. *D. ad Leg. Iul. de adult.* *L.* 3. §. 22. *D. de SCto Silan.* *L.* 4. *Cod. de incest. nupt.* *L.* 15. §. 5. *D. de lege Cornel. de fals.* S. DONELLUS in Comm. iuris civ. Lib. I. cap. 21. p. 32. NOODT Commentar. ad Dig. Lib. XXII. Tit. 6. pag. 482. POTHIER Pandectae Iustin. Tom. I. Tit. de iuris et facti ignorant. Nr. VIII. pag. 647. Die einzelnen Fälle hat SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Exercitat. XXXV. §. 37. aufgezählt.

78) CUJACIUS Observat. Lib. XIV. cap. 39. bemerkt jedoch, daß auch hierin Ausnahmen Statt finden. Er beruft sich auf *L.* 8. §. 2. *D. Qui satisd. cog.* *L.* 15. §. 5. *D. de Lege Cornel. de fals.* und *L.* 2. §. *fin. D. de iure fisci.*

79) Exercitat. academ. Exercit. II. Cap. III. §. 12. pag. 129. sq.

thum entschuldige Frauenspersonen auch bey der Zurückforderung einer Nichtschuld nicht, weil die *L.* 10. *Cod. de iuris et facti ignor.* ganz allgemein sage: Cum quis ius ignorans, indebitam pecuniam solverit: cessat repetitio. Allein ausser der *L. ult. Cod. eodem* widerlegen diese Meinung folgende Gesetzstellen.

L. 5. *Cod. de pact.* Creditori tuo si partem pecuniae exsolvisti, de parte vero non petenda inter te et eum convenit ob causas, negotiaque eius tuo patrocinio fideque defensa: ea obligatione partim civili iure, partim honorario, liberatus es. Nam exceptio perpetua pacti conventi, vel doli, residui petitionem repellit: *cum et solutum per ignorantiam repeti possit.*

Daß hier von weiblicher Unwissenheit die Rede sey, erhellet aus der Inscription dieses Rescripts, welches an eine gewisse **Demagora** gerichtet ist.

L. 9. *Cod. ad SCtum Vellejan.* Quamvis mulier pro alio solvere possit: tamen, si praecedente obligatione, quam Senatusconsultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, *eius Senatusconsulti beneficio munitam se ignorans; locum habet repetitio.*

In Ansehung der Soldaten ist die Verordnung der *L.* 1. *Cod. de iuris et facti ignor.* hier noch zu bemerken. Es ist aber bey diesen um so weniger ein Zweifel vorhanden, da ihnen sogar beym Gewinnen der Rechtsirrthum, propter armatae militiae simplicitatem, verziehen wird. Daß aber auch Bauern, und andere schwachsinnige und einfältige Personen beym Verlieren geschont werden, ist

bey

bey der klaren Vorschrift der Gesetze nicht zu läugnen [80]). Allen diesen Personen fällt es denn an sich auch nicht zur Last, wenn sie Belehrung erhalten konnten, wofern sie nur derselben nicht leichtsinnig auswichen [81]).

2) Der Rechtsunwissende gehört nicht zu den privilegirten Personen. Hier ist es unter den Rechtsgelehrten streitig, ob die condictio indebiti begründet sey? Die gemeine Meinung [82]) schließt hier den Irrenden von der Condiction aus. Für diese Meinung spricht

80) *L.* 25. *§.* 1. *D. de probat.* *L.* 7. *§.* 4. *D. de iurisdict.* *L.* 1. *§.* 5. *D. de edendo.* *L.* 3. *§.* 22. *D. ad SCtum Silanian.* *L.* 2. *§. fin. D. de iure fisci.*

81) Anderer Meinung sind zwar LEYSER Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCLXXXIX. medit. 4. et 5. *Franc.* ALEF in Diss. de iuris et facti ignorantia. Cap. III. §. 44. in EIUS *Dieb. acad.* s. *Opuscul.* pag. 161. und HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. III. Obs. 477. Allein man sehe Strubens rechtliche Bedenken 3. Band Bed. 119. MÜLLER Observation. pract. ad Leyserum Tom. III. Fasc. I. Obs. 507. und THIBAUT Syst. des P. R. 1. B. §. 28.

82) Die vorzüglichsten Vertheidiger derselben sind CUJACIUS Observat. Lib. V. cap. 39. DUARENUS Commentar. in h. Tit. cap. 3. *Oper.* pag. 903. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 14. HUNNIUS Variar. Resolution. iuris civ. Lib. III. Tract. III. P. II. Quaest. 3. FACHINAEUS Controv. iuris. Lib. VIII. cap. 106. Lib. X. cap. 11. ROBERTUS Sententiar. receptar. iuris Lib. I. cap. 6. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 7. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXXV. §. 32. TITIUS in iure priv. Lib. V. cap. 17. §. 21—23. *Ev.* OTTO in Commentar. ad §. 6. Instit. de obligat. quae quasi ex contr. nasc. und besonders *Io. Wilh.* MARCKART Exercit. de condictione

1) die klare *L. 10. Cod. de iuris et facti ignor.* Cum quis *ius ignorans* indebitam pecuniam solverit: *cessat repetitio.* Per ignorantiam enim facti *tantum* repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est. Diese allgemeine Verordnung wird

2) durch die Regel des Paulus unterstützt, welche derselbe *L. 9. pr. D. eodem* giebt, wo er sagt: Regula est: *iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.* Daß diese Regel auch mit auf die Zahlung einer Nichtschuld geht, ist keinem Zweifel unterworfen. Denn Paulus wendet sie selbst §. 5. auf einen solchen Fall an. Hierzu kommt,

3) daß die Gesetze den Rechtsirrthum für einen vermeidlichen, und folglich nicht entschuldbaren Irrthum erklären, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 48. pr. D. de fideiuss. Si Titius et Seja pro Maevio fideiusserint, subducta muliere, dabimus in solidum adversus Titium actionem: *cum scire potuerit, et ignorare non debuerit, mulierem frustra intercedere.*

L. 29.

ctione indebiti per errorem iuris civ. soluti, in EIUSD. *Exercitat. academ.* (*Hardervici 1751. 4.*) Exercit. II. pag. 69. sqq. Unter den neuern *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. EMMINGHAUS ad *Eundem* not l. et q. WALCH Introduct. in controv. iur. pag. 676. sq. WEBER in Commentat. de usuris indebite solutis. §. 22. Not. 2. (in Desselben Versuchen über das Civilrecht S. 327. f.) GÜNTHER Princip. iur. Rom. privati novissimi Tom. II. §. 1114. THIBAUT Syst. des P. R. 1. B. §. 28. S. 21. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 487. in fin. u. a.

L. 29. §. 1. *D. Mandati.* Non male tractabitur, si, cum ignoraret fideiussor, *inutiliter se obligatum*, solverit, an mandati actionem habeat? et siquidem FACTUM ignoravit, recipi ignorantia eius potest: si vero IUS, aliud dici debet.

L. 2. *Cod. de iuris et facti ignor.* Cum *ignorantia iuris* facile excusari non possis, si maior annis viginti quinque hereditati matris tuae renunciasti, sera prece subveniri tibi desideras.

Hieraus erklärt sich, wenn Neratius *L.* 2. *D. de iuris et facti ignor.* sagt: In omni parte *error in iure* non eodem loco, quo *facti ignorantia*, haberi debebit: cum ius finitum et possit esse et debeat; facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.

4) In vielen Gesetzen wird es daher bey der condictio indebiti zur ausdrücklichen Bedingung gemacht, daß der Irrthum ein error facti seyn müsse, wenn die Klage Statt haben solle.

L. 6. *Cod. de iuris et facti ignor.* Si non transactionis causa, sed indebitam, *errore facti*, olei materiam vos Archantico stipulanti spopondisse, Rector provinciae animadverterit, reddito quod debetis, residui liberationem condicentes audiet.

L. 6. *Cod. de cond. indeb.* Si *per ignorantiam facti* non debitam quantitatem pro alio solvisti; et hoc, adito Rectore provinciae, fuerit probatum, hanc ei, cuius nomine soluta est, restitui eo agente providebit.

L. 7. *Cod. eodem.* Fideicommissum vel legatum indebitum, *per errorem facti* solutum, repeti posse, explorati iuris est.

L. 9. Cod. ad Leg. Falcid. Error facti quartae ex causa fideicommissi non retentae repetitionem non impedit.

Gleichwohl behaupten viele [83]) das Gegentheil, und wollen auch denen die Condiction gestatten, welche nicht zu den privilegirten Personen gehören, wenn nur von Seiten des Zahlenden keine natürliche Verbindlichkeit vorhanden gewesen sey, welche jene Klage hindere. Allein die Gründe für diese Meinung sind nicht überzeugend, wie eine nähere Prüfung derselben beweisen wird. Man beruft sich

1) auf die Regel der natürlichen Billigkeit, daß sich Niemand mit des Andern Schaden bereichere [84]). Mit dieser Regel, glaubt man, lasse sich der angenommene Unterschied zwischen iuris und facti ignorantia nicht wohl vereinigen, weil die condictio indebiti nach **Papinians** Ausspruch [85]) auf Billigkeit gegründet sey. Allein wo dennoch

83) VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 47. SCHULTING Thes. controvers. Decad. XLIV. Th. 3. et 4. RANCHINUS Variar. Lection. Lib. III. cap. 5. *Lud.* VITALIS Lection. variar. Lib. II. cap. 22. (in *Thes. Ottonian.* Tom. II. p. 687. sqq.) HUBER Praelect. iuris civ. sec. Institut. Lib. III. Tit. 28. §. 8. *Pet. de* TOULLIEU Collectan. iuris civ. Diss. II. §. 71. p. 101. sq. *Io. Eberw.* REICHMANN Diss. de condictione indebiti ob ignorantiam iuris non excludenda. *Marburgi 1723.* Cap. 3. Bach in der unpartheyischen Critic über jurist. Schriften 3. Bandes 5. St. S. 389. f. *Alb. Phil.* FRICK Diss. de indebitum solvente per errorem iuris civ. ad indebiti condictionem admittendo. *Helmst. 1778.* u. a. m.

84) *L. 206. D. de Reg. iur. L. 14. D. de cond. indeb.*

85) *L. 66. D. h. t.*

dennoch die Gesetze so deutlich und ausdrücklich zwischen Rechts- und Thatirrthum unterscheiden, als in den angeführten Stellen bey der condictio indebiti geschehen ist, da kann wohl jene Regel der Billigkeit nicht in Betrachtung kommen. Mit Recht sagt vielmehr Albrecht Bolognetus [86]). Cum verba legis illud ipsum tam aperte decidunt, de quo disceptatio est, ut sine vitio scripturae inflecti non possint, tunc nulla interpretatione nullaque aequitate evitari poterunt, aut ad eum sensum contorqueri, qui prorsus a verbis alienus sit: nam cum ad legis sententiam interpretatio omnis, quae fit ex aequo et bono referenda sit, non poterit videri ea fuisse legislatoris sententia, quae verbis perspicuis adversatur. Man wendet zwar dagegen

2) ein, daß in dem ganzen Titel der Pandecten, de condictione indebiti, der doch ziemlich weitläuftig ist, niemals zwischen error iuris und facti ein Unterschied gemacht sey, sondern überall nur immer eine Zahlung vorausgesetzt werde, die aus Irrthum oder Unwissenheit geschehen ist. Es könnten daher die Gesetze im Codex, welche ohnehin lauter Rescripte wären, nur von einzelnen besondern Fällen verstanden werden, und dies um so mehr, weil sogar

3) mehrere Gesetzstellen dieses Titels, in welchen die Zurückforderung einer Nichtschuld gestattet wird, nicht wohl anders, als von einem Rechtsirrthume, erklärt werden könnten. Man führt z. B. folgende Stellen an.

L. 32.

86) Disputat. de Lege, iure, et aequitate. (*Witebergae* 1594. 8.) Cap. XXXIV. nr. 9. p. 637. sq.

L. 32. §. 1. *D. h. t.* Fideiussor cum paciscitur, *ne ab eo pecunia petatur*, et per imprudentiam solverit, condicere stipulatori poterit: et ideo reus quidem manet obligatus, ipse autem sua exceptione tutus est.

L. 38. *D. eodem.* Diese Stelle ist schon oben (S. 88. ff.) vorgekommen und erklärt worden.

L. 40. *pr. D. eodem.* Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest.

L. 43. *D. eod.* Si quis iurasset, se dare non oportere, ab omni contentione discedetur: atque ita solutam pecuniam repeti posse dicendum est.

L. 59. *D. eodem.* Si fideiussor iure liberatus, solverit errore pecuniam, repetenti non oberit.

L. 5. *Cod. eod.* Si a patre emancipatus ei non intra tempora praestituta iure honorario successisti, quidquid indebitum postea per errorem (utpote patris successor) dedisti, eius condictionem tibi competere, non est incerti iuris.

Allein dieser Einwurf läßt sich ohne Schwierigkeit beantworten. Immerhin mag in den Gesetzen dieses Titels zwischen iuris und facti ignorantia kein Unterschied gemacht worden seyn; genug wenn er in andern Gesetzen in Beziehung auf die condictio indebiti ganz klar gegründet ist. Ueberdem aber enthalten ja auch die Gesetze dieses Titels fast lauter solche Fälle, wo immer nur ein Thatirrthum zum Grunde lag. Dies läßt sich insonderheit von den angeführten Texten leicht beweisen, von denen auch nicht ein einziger bestimmt von einem Rechtsirrthume redet, sondern nur allenfalls einer nicht wohl anders, als von einem

nem

nem solchen Irrthum, zu erklären ist, nämlich *L.* 38. *D. h. t.* welcher aber billig zu den Ausnahmen gerechnet werden muß, wo auch bey den nicht privilegirten Personen der Rechtsirrthum Entschuldigung verdient [87]), von denen ich zuletzt reden werde. Soviel die übrigen Texte anbetrift, so erhellet aus der Vergleichung der *L.* 32. und *L.* 59. *D. h. t.* daß hier von einem bloßen errore facti die Rede sey. Ein Gläubiger hatte dem Bürgen seines Schuldners durch das pactum de non petendo seiner Verbindlichkeit entlassen. Hier war nun zwar der Bürge nach dem iure praetorio frey, er bezahlte aber, dieses Vertrags uneingedenk, dennoch die Schuld. Die Zurückforderung derselben ist hier keinem Zweifel unterworfen, wenn gleich der Hauptschuldner noch nicht bezahlt hatte. Denn der Vertrag mit dem Bürgen ist ein bloßes pactum in personam, welches dem Schuldner nicht zu statten kommt. Das Wort *imprudentia* in der *L.* 32. deutet ohne Zweifel auf einen errorem facti hin, und die Worte *iure liberatus* geben kein überzeugendes Argument, einen Rechtsirrthum zu fingiren, wenn man erwägt, daß alles erworbene Recht eine vorhergehende Handlung voraussetzt, und daher von dem Bürgen mit Recht gesagt werden konnte, er sey *iure liberatus*, welchen der Gläubiger seiner Verbindlichkeit durch ein pactum erlassen hatte, dem der Prätor die Wirkung der Befreyung beylegt. Es ist also ein sehr unsicherer Schluß, wer durch eine beständig wirksame Einrede gegen die Forderung eines Andern gedeckt war, und zahlt dennoch

87) S. *Christ. Dav.* GERLACH Diss. sub Tit. celeberrima et intricata Lex frater a fratre 38. pr. D. de condict. indeb. noviter et dilucide explicata. *Tubingae 1738.* §. 11.

dennoch aus Irrthum, hat ex errore iuris eine Nichtschuld gezahlt. Hierdurch erklären sich nun auch die übrigen Stellen von selbst. Nur die *L.* 5. *Cod. h. t.* ist streitig. Cujaz [88]), und Marckart [89]) erklären sie auch von einem errore facti. Sie nehmen den Fall an, daß der emancipirte Sohn, welcher seinem Vater nach dem prätorischen Rechte hätte succediren können, wenn er die bonorum possessio binnen der gesetzlichen Frist gesucht hätte, sich in der Meinung, das Jahr sey noch nicht verstrichen, als Erbe gerirt, und, als solcher, Schulden bezahlt habe. Allein wenn man auch hier einen Rechtsirrthum annehmen wollte, so war doch in dem Falle, wovon die *L.* 5. redet, der besondere Grund vorhanden, daß hier durch die Bezahlung der Nichtschuld die Schuld eines Dritten in der Meinung bezahlt worden ist, als ob sie der Zahlende selbst schuldig gewesen wäre. In diesem Falle aber gestatten die Gesetze die Zurückforderung ohne Unterschied, weil der wahre Schuldner dadurch von seiner Verbindlichkeit nicht befreyet wird [90]). Es gehört also diese Stelle zu den Ausnahmen. Daß aber die für die erstere Meinung angeführte *L.* 10. *C. de iur. et facti ignor.* sich nicht auf einen besondern Fall beziehe, sondern eine allgemeine Vorschrift enthalte, ist daraus unläugbar, weil sich dieselbe auf die Regel des Papinians in der *L.* 9. *pr. D. eodem* gründet. Es sind überdem die Vertheidiger der letztern Meinung in Ansehung des Falls, worauf sich die *L.* 10. *Cod.* beziehen soll,

88) Recitat. solemn. in Cod. ad L. 5. C. h. t.

89) Cit. Exercitat. Cap. II. §. 6. pag. 100.

90) *L.* 19. §. 1. *D. h. t.* *L.* 31. *pr. D. de hereditat. petit.* S. oben §. 829. S. 85. ff.

soll, so verschiedener Meinung, daß schon dadurch die ganze Erklärung verdächtig wird [91]). Allein man bezieht sich

4) noch auf einige andere Stellen, welche namentlich wegen eines Rechtsirrthums, und zwar der Billigkeit wegen, die condictio indebiti gestatten sollen, und die hier noch eine nähere Beleuchtung verdienen. Es sind folgende.

L. 79. *D. de Legat. II.* Quae fideicommissa moriens libertis viri debuit, eorundem praediorum suis quoque libertis fructum reliquit; iuris ignoratione lapsi, qui petere praedia ex mariti testamento debuerunt secundum fideicommissum inter caeteros longo tempore perceperunt: non ideo peremtam videri petitionem prioris fideicommissi constitit. Hier ist der Fall, daß die Erblasserin Grundstücke, welche sie nach dem Testament ihres

94) Einige wollen diese *L. 10.* von dem Falle einer vorhandenen natürlichen Verbindlichkeit erklären, welche durch die Civilgesetze nicht ganz aufgehoben ist; als SCHULTING Thes. controv. Dec. XLIV. Th. 4. BRUNNEMANN in Comment. in Cod. ad h. L. 10. REICHMANN cit. Diss. Cap. III. §. 13. und *Franc.* ALEF in Diss. de iuris et facti ignorantia Cap. IV. Andere beziehen die *L. 10.* auf *L. 2. et 3. C. eod.* und erklären sie von solchen Fällen, wo bloß von Erhaltung eines Gewinns die Rede ist; als HUBER in Praelect. ad Instit. Lib. III. Tit. 28. §. 8. Am sonderbarsten aber ist die Erklärung des PAGENSTECHER in Iurisprud. Polemica Quaest. XI. pag. 115. welcher aus den Worten *competere tibi notum est*, schließen will, die *L. 10.* sey ein Rescript an einen gewißen Rechtsgelehrten, dem freylich, als Kunstverständigen, der Rechtsirrthum immer zum Nachtheil angerechnet werden müsse. Allein die allgemein und bestimmt lautenden Worte der L. 10. gestatten eine solche einschränkende Erklärung nicht.

ihres vor ihr verstorbenen Mannes den Freygelassenen desselben als ein Fideicommiß hinterlassen sollte, mit einem Nießbrauch zu beschweren sich unterfangen hatte, den zugleich ihre eigenen Freygelassenen haben sollten. Dies hätten sich nun zwar die Fideicommissare nicht brauchen gefallen zu lassen. Denn kein Legatar kann mit einer Beschwerde belegt werden, wenn ihm der Erblasser dasjenige, was er ihm vermacht hat, schon ohnedem schuldig war. Allein aus Unkunde des Rechts hatten die Fideicommissare es geschehen lassen, daß die Freygelassenen der Erblasserin lange Zeit den Genuß ihrer Grundstücke hatten. Vermuthlich glaubten sie, die Verordnung des Mannes brauche von der Frau nicht so genau erfüllt zu werden, ein Fideicommiß hänge von dem guten Willen des Fiduciars ab [92]. Es fragte sich also, ob ihnen der Rechtsirrthum schade? Das Gesetz entscheidet verneinend. Ganz richtig. Nam iuris ignorantia non nocet suum petentibus [93]). Hat aber deswegen die condictio indebiti Statt? Nein. Proditum est, sagt Ulpian [94]), neminem rem suam, nisi furi, condicere posse. Sie vindiciren also ihr Eigenthum. Man sieht hieraus, daß die ganze Stelle gar nicht hierher gehört.

L. 1. pr. D. Ut in possessionem legator. Si quis, cum vetitus esset satis accipere, acceperit: an repeti satisdatio ista possit, ut heres condicat liberationem? Et

92) S. Westphals hermenev. systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 1096.

93) *L. 7. D. de iuris et facti ignor.*

94) *L. ult. in fin. D. Usufructuar. quemadmod. caveat.*

Et quidem si sciens heres indebitum cavit, repetere non potest. Quid deinde si ignoravit, remissam sibi satisdationem? potest condicere. Si vero hoc non potuisse remitti crediderit, numquid condicere possit, *qui ius ignoravit?* adhuc tamen *benigne* quis dixerit, satisdationem condici posse.

Wenn der Erblasser die Caution der Vermächtnisse wegen verboten, der Erbe sie aber dennoch gemacht hat, so unterscheidet der Jurist, ob es wissentlich geschehen ist, oder aus Irrthum. Im ersten Fall findet die Condiction nicht Statt. Im letzten Fall unterscheidet er nochmals, ob der Irrthum aus einer Unwissenheit der geschehenen Erlassung, oder aus einer Unwissenheit des Rechts, daß der Erblasser dazu befugt gewesen sey, herrühre. In jenem Falle behauptet er ohne alles Bedenken, daß die Zurückforderung der geleisteten Caution zuläßig sey. In diesem aber findet er Bedenken, die Condiction zu gestatten, bemerkt indessen, es lasse sich hier wohl in Rücksicht der besondern Begünstigung letzter Willensverordnungen eine Ausnahme von der Regel machen. Dies ist unstreitig der eigentliche Sinn der Worte: adhuc tamen BENIGNE quis dixerit, satisdationem condici posse. Mit Recht erklärt daher **Weber** [95]) das BENIGNE so: *contra iuris regulas* hoc fieri, und **Westenberg** [96]) sagt: *Quod favore ultimarum voluntatum speciali iure benigne receptum est.* Nach dieser Erklärung ist also diese Stelle der Meinung, zu deren Unterstützung sie gebraucht wird, mehr entgegen, als für sie. Man glaubt endlich

5) durch

95) Versuche über das Civilrecht S. 328.

96) Divus Marcus. Diss. XXXV. §. 4.

5) durch die *L.* 7. *et* 8. *D. de iuris et facti ignorant.* diese Meinung vollends ausser allem Zweifel zu setzen. Denn in jener *L.* 7. werde die allgemeine Regel aufgestellet: Iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus, *suum vero petentibus non nocet.* Merkwürdig, sagt man, sey hier der Unterschied, welcher zwischen der Erwerbung, und der bloßen Zurückforderung des Seinigen gemacht werde. Letzteres sey nun der Fall bey der condictio indebiti. Also stehe der Rechtsirrthum dieser Klage nicht entgegen. Man giebt zwar zu, daß *Suum* und *Debitum* sonst in den Gesetzen [97]) unterschieden würden. Allein es bedeute doch auch das *Suum* sehr oft soviel als *debitum* [98]), und diese Bedeutung müsse besonders hier zum Grunde gelegt werden, wo von einer auf natürliche Billigkeit gegründeten Klage die Rede sey, weil derjenige ohne Zweifel das Seinige zurückfordere, welcher sich dieser Klage bedient. Daß hier der Rechtsirrthum nichts schade, bestätige **Papinian** nachher noch deutlicher, wenn er *L.* 8. *D. eodem.* ganz allgemein sage: Caeterum omnibus iuris error *in damnis amittendae* rei suae non nocet. Dieser Ausspruch sey aber hier um so wichtiger, weil der Jurist unmittelbar vorher gesagt hatte: Error iuris nec foeminis *in compendiis* prodest. Allein man irrt sehr, wenn man glaubt, daß diese Stellen von der condictione indebiti reden. Ich bin zwar nicht der Meinung, daß der Ausdruck *suum petere*

97) *L. 27. §. 2. L. 34. pr. D. de auro et arg. legato.*

98) *L. 6. §. 6. D. Quae in fraud. creditor. L. 15. §. 5. D. de re iudic. L. 44. D. de cond. indeb. L. 5. §. 5. D. de doli mali et met. except. L. 96. §. 1. D. de Solut. L. 129. pr. D. de div. reg. iur. L. 5. Cod. de heredit. petit.* Vid BRISSON. v. *Suum.*

tere immer nur auf eine Vindication des Eigenthums hindeute; er wird auch gebraucht, wenn man aus einer obligatio etwas zu fordern hat [99]). Es ist daher noch kein bündiger Beweis, daß hier darum von der condictio indebiti nicht die Rede seyn könne, weil der Eigenthümer nicht seine Sache condicire [100]). Denn die Gesetze brauchen das Wort *petere* auch für repetere [1]), und sagen selbst von dem, welcher sich der condictio indebiti bedient, *suum repetit*, oder *per condictionem petit* [2]). Demohngeachtet

stehen

99) S. z. B. sagt *L. 5. §. 5. D. de doli mali et met. except.* Creditor suum petit.

100) Dies ist der gewöhnliche Beweis, den die Vertheidiger der ersten Meinung führen, daß die *L. 7. D. de iur. et facti ignor.* nicht von der condictione indebiti rede. So sagt z. B. HUNNIUS Variar. Resolution. iuris civ. Lib. III. Tract. III. P. II. Qu 3 pag. 738. *Regula ista iuris, quod* error iuris suum petentibus non noceat, *ad propositum huc plane accommodari nequit, quia, qui indebitum solutum repetit, alienum petit, non suum. Nam quam primum solvit, dominium eius rei solutae amisit, et in accipientem transtulit.*

1) S. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Petere.*

2) Zum Beyspiel kann die *L. 53. D. h. t.* dienen, wo Proculus sagt: Dominus testamento servo suo libertatem dedit, *si decem mihi det*; servo ignorante, id testamentum non valere, data sunt mihi decem. Quaeritur, quis repetere potest? *Proculus* respondit: Si ipse servus peculiares nummos dedit, cum ei a domino (es ist hierunter der Erbe zu verstehen, denn es ist hier von Erfüllung einer Testamentsbedingung die Rede.) id permissum non esset, (in den *Basilicis*, Tom. III. pag. 557. heißt es: παρὰ γνώμην τῦ κληρονόμου.) manent nummi domini, (i. e. heredis) eosque non per condictionem, sed in rem actione petere debet. Si autem alius rogatu servi suos nummos

stehen diese Gesetze unserer Meinung nicht entgegen, wenn man sie mit Noodt [3]) und Giphan [4]) so versteht, der Rechtsirrthum schadet Niemanden, wenn es auf Abwendung eines Verlusts, oder darauf ankommt, das Seinige aus den Händen des Andern zu erhalten, woran man das Eigenthum noch nicht verlohren hat. Allein er begründet keine Klage, um das wieder zu bekommen, wovon man einmal das Eigenthum dem Andern überlassen hat. Giphan sagt: Error in iure *non nocet quidem in damnis*, id est, non adfert damnum, sed idem quoque error damno non eximit, id est, *non prodest in damno.* Atqui si daretur condictio erranti in iure, tuus error *prodesset* in damno, quia scilicet error daret condictionem solventi, quam alioquin, id est, sine errore, non haberet.

mos dedit, facti sunt mei, eosque dominus servi, cuius nomine dati sunt, *per condictionem petere* potest. *Sed tam benignius, quam utilius est, recta via ipsum, qui nummos dedit, suum recipere.* So wie nämlich derjenige, welcher für einen andern zahlt, sich diesen verbindlich macht, *L. 47. D. h. t.* so konnte auch hier der Herr, wenn sein Sklave einem Dritten den Auftrag gegeben hatte, für ihn zu zahlen, von diesem mit der actione mandati belangt werden. Denn auch römische Sklaven konnten Aufträge geben *L. 22. §. 9. D. mand. L. 3. §. 5. 6. et 7. D. de pecul. L. 1. Cod. de furt.* Um diesen Umweg zu vermeiden, wird hier dem Zahlenden gleich selbst die *condictio indebiti* gegen dem Empfänger der Nichtschuld gestattet, die sonst der Herr anstellen konnte. S. MEIERI Ευδοξων Iustinianeor. Dec. IV. cap. 6.

3) Comment. ad Dig. Lib. XXII. Tit. 6. *Oper.* T. II. pag. 481.

4) Explanat. difficilior. et celebr. LL. Cod. ad L. 10. Cod. de iur. et facti ignor. pag. 23.

beret. Qui enim solvit sciens, non habet condictionem indebiti. Paulus bestätigt diese Erklärung noch mehr, wenn er *L. 9. §. ult. D. eodem.* in Beziehung auf die condictionem indebiti sagt: Sciant, *ignorantiam facti, non iuris prodesse:* nec stultis solere succurri, sed errantibus. Nach dieser Erklärung wären daher auch jene Stellen der andern Meinung mehr entgegen, als daß sie dadurch ausser Zweifel gesetzt werden sollte.

Wenn nun aber gleich die Regel an sich feststeht, daß der Rechtsirrthum bey den nicht privilegirten Personen keine condictionem indebiti begründet, so lassen doch die Gesetze in einzelnen Fällen aus rechtmäßigen Ursachen Ausnahmen Statt finden. Hierauf deutet nicht nur Cajus im Allgemeinen hin, wenn er *L. 25. D. de Minorib.* sagt: Illud nullam habet dubitationem, quin minor, si non debitum solverit ex ea causa, ex qua iure civili repetitio non est, sit ei utilis actio ad repetendum: *cum et maioribus viginti quinque annis iustis ex causis dari solet repetitio* [5]); sondern es kommen auch solche Fälle hin und wieder in den Gesetzen vor, wo es für billig gehalten wird, auch den nichtprivilegirten Personen wegen einer aus einem Rechtsirrthum bezahlten Nichtschuld eine Condiction zu verstatten. Dahin gehört

1) wenn der Irrende keine Gelegenheit hatte, einen Rechtsverständigen zu Rathe zu ziehen [6]). Es ist merkwürdig, wenn Paulus *L. 9. §. 3. D. de iuris et facti*

 ignor.

5) Man sehe über diese Stelle vorzüglich *Ant.* FABRI Rational. in Pand. Tom. I. pag. 561. sq.

6) S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3088.

ignor. sagt: Sed iuris ignorantiam non prodesse, LABEO ita accipiendum existimat, si Iurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit: ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia, quod raro accipiendum est. Diesem gemäß sagt daher eben dieser Jurist an einem andern Orte, wo auch von der Wirkung der Rechtsunkunde die Rede war, nämlich *L.* 10. *D. de bonor. possession.* Satis esse, copiam eorum, *quos consuleret*, quem habuisse. *Scientiam* enim non hanc accipi, *quae Iurisprudentibus sit*: sed eam, quam quis aut per se habeat, aut *consulendo prudentiores adsequi potest.*

2) Wenn das Recht, worauf es in einem gewissen Falle ankam, an sich sehr ungewiß und zweifelhaft war [7], wie in dem famösen Falle der *L.* 38. *D. h. t.* welche oben ausführlicher erklärt worden ist [8]).

3) Wenn

7) BACHOV ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. IV. Th. 13. nr. 6. SCHILTER Prax. iur. Rom Exerc XXXV §. 40. MARCKART Exercitat. academ. Exerc. II. Cap. 2. §. 7. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXLVIII. medit. 3—5.

8) HUNNIUS Variar Resolution. iuris civ. Lib. III. Tract. III. P. II. Qu. 3 in fin pag. 738. will zwar in dem Falle der *L. 38. D. h. t.* einen errorem facti annehmen. Er sagt nämlich: *Frater solvendo in facto erravit, dum existimavit, mutuum ex causa castrensis peculii fuisse contractum.* Allein in dem unterliegenden Falle konnte von keinem andern peculio als von einem *profectitio* die Rede seyn. Daß einer von beyden Brüdern ein Soldat gewesen, wird nirgends gesagt. Ein peculium castrense wurde überdem nicht conferirt, wie doch in dem Falle der *L. 38.* geschahe. Man sehe *L. 1. §. 15. D. de Collation. bon.* Das Gesetz spricht auch nur von einer natürlichen Verbindlichkeit, welche aus dem Darlehn entstanden sey. Hätte der creditirende

3) Wenn Jemand durch den Rechtsirrthum veranlaßt wurde, eine Schuld für einen Andern zu bezahlen, welche er selbst schuldig zu seyn glaubte, wie in dem oben vorgekommenen Falle der *L. 5. Cod. h. t.*

4) Wenn der Empfänger das, was er aus Unwissenheit des Rechts indebite erhielt, auf eine erlaubte Art nicht behalten darf; z. B. der Schuldner hat dem Gläubiger Zinsen von Zinsen bezahlt [9]).

5) Wenn aus einem Rechtsirrthum eine Caution von dem Erben geleistet worden ist, welche ihm von dem Testirer war erlassen worden. *L. 1. pr. D. Ut. in possess. legator.*

Sollte bey dem vorgefallenen Rechtsirrthum dem Empfänger der Nichtschuld ein erweislicher Dolus zur Last fallen, so würde die condictio furtiva begründet seyn [10]).

Mehrere Rechtsgelehrte [11]) wollen zwar heutiges Tages den Unterschied zwischen ignorantia iuris und facti ver-

de Bruder das Geld von seinem peculio castrensi geliehen, so wäre ihm der Schuldner nicht naturaliter, sondern civiliter dadurch verpflichtet worden; *arg. L. 15. §. 1. D. de castr. pec.* und *L. 4. D. de iudic.* S. GERLACH Diss. ad L. Frater a fratre 38. pr. D. h. t. §. 6 not. y. et aa.

9) *L. 26. §. 1. D. h. t.* BOEHMER Doctr. de Actionib. Sect. II. cap. V. §. 27.

10) *L. 18. D. de condict. furt. L. 1. §. 1. D. de doli mali et met. except. L. 7. pr. D. de condict. caus. dat.*

11) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCLXXXIX. medit. 1. sqq. *Franc.* ALEF Diss. de iuris et facti ignorantia. Cap. III. §. 31. sqq. in EIUS *Diebus academ.* Diss. III. pag. 155. sqq.

verwerfen, und blos darauf gesehen wissen, ob der Irrthum an sich verzeihlich war, oder nicht. Sie glauben auch, daß es darauf nicht weiter ankomme, ob der Irrende einen wirklichen Verlust an seinem Vermögen erlitten, oder blos einen Gewinn verlohren habe, wodurch er sein Vermögen hätte vermehren können. Es soll auch der Unterschied zwischen privilegirten und nicht privilegirten Personen nicht weiter in Betrachtung kommen. Allein es läßt sich ein solcher Nichtgebrauch des röm. Rechts nicht erweisen, wofern nicht besondere Landesgesetze ein Anders mit sich bringen.

§. 835.

Worauf geht die condictio indebiti? condictio *certi* und *incerti*.

Die condictio indebiti geht überhaupt auf Wiedererstattung desjenigen, was der Beklagte indebite empfangen hat, so weit er dadurch bereichert ist. Besteht dieses in einer bestimmten Quantität, oder in einer individuellen Sache, so heißt sie *condictio certi*, in allen übrigen Fällen aber, wo das indebitum in etwas Anderem besteht, *condictio incerti* [12]). Diese letztere findet in folgenden Fällen Statt.

1) Wenn eine Caution ohne Schuldigkeit geleistet worden, in der Meinung, als ob man dazu verbunden ge-

sqq. *Io. Tob.* CARRACH Adnotat. ad *Boehmeri* doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 27. voc *privatur*.

12) Andere schränken jedoch den Ausdruck *Condictio certi* bloß auf eine bestimmte Geldsumme ein. Alle andere Sachen rechnen sie zur *condictione incerti*. S. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 3. et Qu. 18. *de* PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 41. §. 2.

wesen wäre [13]. Hier geht die Condiction dahin, daß die geleistete Caution kassirt, und der Beklagte verurtheilt werde, den empfangenen Bürgschein, oder die erhaltenen Pfänder zurückzugeben [14]).

2) Wenn eine Caution aus Irrthum erlassen worden ist [15]). Hier geht die Condiction dahin, die Caution für nicht erlassen zu erklären.

3) Wenn der Besitz auf einen Andern aus Irrthum indebite übertragen worden ist. Hier geht die Klage auf Wiederabtretung des Besitzes, und diese Klage hat Statt, wenn auch der Beklagte die Sache so lange besessen hätte, als zu einer Verjährung gegen den wahren Eigenthümer erfordert wird, wenn z. B. der Besitz einer fremden Sache indebite wäre übertragen worden [16]).

4) Wenn

13) *L. 1. pr. D. Ut in possess. legator.* sagt: repeti satisdatio ita potest, ut heres condicat liberationem; d. i. es kann auf die Aufhebung der Caution geklagt werden. S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 967. und *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 19.

14) *L. 31. D. h. t.*

15) *L. 39. D. h. t.*

16) *L. 15. §. 1. D. eodem.* Wenn es in dieser Gesetzstelle heißt: Sed *et si possessionem tuam fecissem*, ita ut tibi per longi temporis praescriptionem avocari non possit; etiam sic recte tecum per *indebiti condictionem* agerem; so muß, statt *fecissem*, vielmehr *fecisses* gelesen werden, wie *Io. Van de* WATER in Observat. Rom. Lib. II. cap. 16. gezeigt hat. Es stimmen mit dieser Emendation auch die *Basilica* überein. In diesen ist Tom. III. pag. 547. der Sinn dieser Worte so ausgedruckt: ἀναλαμβάνω γὰρ κἂν ἐν τῷ μεταξὺ διὰ χρήσεως κυριεύσῃς. i. e. *Nam repeto, licet interim usu tuam feceris.* Nur gegen

den

4) Wenn ein Recht indebite ist aufgegeben oder erlassen worden, z. B. eine Servitut. Hier geht die Klage auf Wiederherstellung des erlassenen Rechts [17]).

6) Wenn ein factum in vermeintlicher Schuldigkeit aus Irrthum geleistet worden ist. Hier ist die Dienstleistung zu Gelde anzuschlagen, und die Klage auf Vergütung des Werths derselben zu richten, so weit der Beklagte davon Nutzen gehabt hat [18]).

7) Wenn etwas indebite versprochen, und deshalb eine Handschrift ausgestellet worden ist. Hier geht die Klage auf Vernichtung der Schuld, und Zurückgabe der Handschrift [19]).

Diese Condictio incerti hat das Unterscheidende, daß sie keine Uebertragung des Eigenthums erfordert. Denn diese ist in allen den angeführten Fällen unmöglich [20]). Dies hat

den Eigenthümer selbst findet die condictio indebiti nicht statt. *L. 33. in fin. D. h. t.* S. *Iulius* PACIUS Εναντιοφαν. s. Legg. conciliatar. Centur. III. Qu. 99. und VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 12.

17) *L. 22. D. eodem.*

18) *L. 26. §. 12. L. 40. §. 2. D. h. t. L. 3. L. 6. Cod. de operis libertor.* Ein Formular von einer solchen Klageschrift, worin indebite geleistete Dienste condicirt werden, findet man in *Christ. Gottl.* GMELIN Diss. de condictione facti indebite praestiti, praes. *Eb. Christ.* CANZ def. *Tübingae 1769.* §. 23.

19) *L. 31. D. h. t. L. 3. Cod. eodem. L. 5. in fin. D. de act. emti vend. L. 2. §. 3. et 4. D. de donat.* de COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

20) S. GMELIN Diss. cit. de condict. facti indebite praestiti. §. 30.

hat denn weiter die Folge, daß hier die condictio indebiti ohne Unterschied begründet ist, der Beklagte mag in bona oder mala fide sich befinden [21]). Nur die condictio indebiti certi erfordert zu ihrer Begründung die Uebertragung des Eigenthums [22]), und findet daher nicht Statt, wenn diese durch den Dolus des Beklagten gehindert wird [23]). Hier muß die condictio furtiva angestellet werden [24]).

Bey der condictio indebiti certi kommt es nun darauf an,

a) ob fungible Sachen gegeben wurden. Hier geht die Klage auf Zurückgabe des Empfangenen in gleicher Art und Güte [25]). Denn die condictio indebiti ahmt hier die Natur der Darlehnsklage nach [26]). Daher kann auch der Kläger keine Zinsen fordern. In der *L.* 1. *Cod. h. t.* heißt es ausdrücklich: Pecuniae indebitae per errorem, non ex causa iudicati solutae, esse repetitionem iure

21) GMELIN cit. Diss. §. 4. et §. 31.

22) *L. ult. in fin. D. Usufruct. quemadm. cav. L. 1. D. de condict. furt. L. 1. §. 1. D. de condict. tritic. L. 9. pr. D. de iure dot.*

23) GMELIN cit. Diss §. 4 not. b. Man vergleiche auch den 4. Theil dieses Commentars §. 296. S. 137. ff.

24) *L. 18. D. de condict. furtiva.*

25) *L. 7. L. 19 §. 2. D. h. t. L. 25. in fin. D. de praescript. verb.* Zuweilen geht die Klage auch auf Erstattung des Werths; z. B. wenn Getraide indebite gegeben worden, und dieses consumirt ist. *L. 65. §. 6. D. h. t.*

26) *L. 5. §. 3. D. de obligat. et action. §. 6. I. de obligat. quae quasi ex contr. nascunt.*

iure condictionis, non ambigitur. — *Usuras autem eius summae praestari tibi frustra desideras*: actione enim condictionis *ea sola quantitas* repetitur, *quae indebita soluta est.* Viele [27]) setzen den Grund dieser Verordnung darin, weil die condictio indebiti zu den actionibus stricti iuris gehört habe, und behaupten daher, daß heut zu Tage darauf keine Rücksicht zu nehmen sey, weil jetzt alle Klagen bonae fidei wären. Nach heutigem Rechte könne also die condictio indebiti ohne Bedenken auch mit auf die Zinsen einer aus Irrthum indebite bezahlten Summe gerichtet werden. Allein mit Recht ist diese Meinung schon längst von andern [28]) verworfen worden. Daß die condictio indebiti nie zu den actionibus stricti iuris gezählt worden sey, erhellet daraus klar, weil Papinian *L.* 66. *D. h. t.* ausdrücklich sagt: Haec condictio *ex aequo et bono* introducta est. Bey diesem ganz bestimmten Ausspruch kann es daher auch nicht in Betrachtung kommen, daß diese Klage in dem §. 28. *I. de actionib.* nicht unter den actionibus bonae fidei mit aufgeführt worden ist. Denn es ist eine falche Voraussetzung, daß die Verfasser

27) CARPZOV Responsor. iuris Lib. IV. Resp. LI. nr. 22, STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 2. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXIV. §. 38. LUDOVICI Doctr. Pandect. h. t. §. 16. HEINECCIUS Elem. iuris civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 59. *Frid. de* BEHMER in novo iure controv. Tom. II. Obs. 108. und ENGELBRECHT in Select. Observation. for. Spec. III. Obs. 98.

28) S. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 28. Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bemerk. 73. KIND Quaestion. for. Tom. II. Cap. 52. *Fratr.* BECMANNORUM Consilia et Decision. P. II. Consil. LXVII. nr. 20—25. pag. 235. *de* COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 20.

fasser der Institutionen in der angeführten Stelle eine vollständiges Verzeichniß der bonae fidei actionum haben geben wollen, wie auch schon **Höpfner** [29]) ganz richtig bemerkt hat. Daß es aber actiones stricti iuris geben könne, quae sunt ex aequo et bono, wie **Janus a Costa** [30]) hat behaupten wollen, ist ein auffallender Widerspruch, welchen **Ulpian** hinlänglich widerlegt, wenn er *L.* 14. §. 6. *D. de religios.* bey Gelegenheit der actio funeraria, die ohne Zweifel eine actio bonae fidei ist [31]), ob ihrer gleich §. 28. *I. de action.* nicht gedacht worden, den Ausdruck *ex aequo et bono* durch ex bona fide erklärt. Richtiger setzen daher andere Rechtsgelehrten den Grund, warum die condictio indebiti nicht auf Zinsen geht, gerade darin, daß die Klage eine actio bonae fidei sey. So sagt z. B. **Hubert Giphan** [32]): Vera ratio, cur in condictionem indebiti non veniat usura, est ea, quia haec condictio est naturalis, et ex aequo et bono, quae aequitas non patitur, ut plus repetatur, quam datum sit. Condictione enim id agitur, ut qui solvit, non sit in damno, non vero, ut etiam sit in lucro [33]). Und **Pothier** [34]) macht folgende sehr treffende Bemerkung: In solutione indebitae pecuniae facta illi, qui eam bona fide accipit, nulla conventio, nullam delictum versatur,

29) Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1129. Not. 1.

30) Commentar. ad §. 28. I. de actionib.

31) *L. 14. §. 13. D. de relig.*

32) Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. 1. C. h. t. pag. 235.

33) *L. 13. §. ult. et L. 14. D. h. t.*

34) Pandectae Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XLV. not. b. pag. 377.

tur, unde obligatio huius pecuniae restituendae nascitur. Haec obligatio ex ea duntaxat aequitatis regula nascitur, quae praecipit, neminem cum alterius detrimento locupletari; hinc consequens est, ut non ultra porrigatur, quam is, qui accepit, locupletatus est. Es ist also wohl unstreitig, daß der wahre Grund, warum die Klage nicht auf Zinsen geht, in der Natur der Condiction selbst liege. Denn da die Klage eine Uebertragung des Eigenthums, wie die aus dem Darlehn, voraussetzt, so kann sie auch eben so, wie die actio mutui, schlechterdings nur darauf gehen, daß die indebite gezahlte Summe dem Kläger in gleicher Art und Güte wieder erstattet werde, wie dieser Grund selbst in der *L* 1. *Cod. h. t* deutlich genug angeführt wird. Es läßt sich daher nun auch der heutige Gebrauch jener Vorschrift des röm. Rechts so wenig bezweifeln, daß selbst diejenigen, welche die condictio indebiti heut zu Tage auf Zinsen erstreckt wissen wollen, gestehen müssen, daß der Gerichtsgebrauch ihrer Meinung entgegen sey [35]). Dennoch pflegt man gewöhnlich zwey Fälle auszunehmen, nämlich

1) wenn

35) So z. B. sagt SCHILTER Exercit XXIV. ad Pand. §. 38. Ast cum moribus nostris res ad aequitatem naturalem fere fuerit reducta, et obligatio ad usuras naturalis etiam civilem obtineat efficaciam, consequens utique est, etiam Usuras pecuniae indebite solutae peti posse, et adiudicari debere. *Sed hactenus tamen hodierni ICti solent uti iure romano.* Den heutigen Gebrauch bezeugen insonderheit CARPZOV P. II. Const. 30. Def. 18. Consil. Tubingens. Vol. VI. Cons. 94. GRASS Collat. iuris civ. cum Recess. Imp. Sect. VI. §. 1. pag 270. sqq. MEVIUS Consil. 99. *Fratr.* BECMANNOR. Consil. et Decis. P. II. Consil 67. nr. 20. sqq. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. III. §. 3089. not. g.

1) wenn der Beklagte von den indebite empfangenen Geldern selbst Zinsen gezogen haben sollte [36]; weil es ausgemachten Rechtens sey, daß erhobene Zinsen als fructus rei anzusehen wären, und daher auch billig cum ipsa re condicirt werden könnten [37]).

2) Wenn dem Beklagten bey der Wiedererstattung eine ungebührliche Verzögerung zur Last fällt [38]); oder es könnten wenigstens von Zeit der erhobenen Klage an die Zinsen gefordert werden [39]).

Beyde Fälle verdienen aber noch eine genauere Prüfung. In Rücksicht des erstern Falles wandte zwar schon Voet [40]) ein, daß es hart seyn würde, wenn derjenige, welcher im guten Glauben die indebite empfangenen Gelder

36) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 6. de BERGER Supplem. ad Electa disceptat. for. P. I. pag. 620. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXLVIII. medit 10. MEVIUS Part. VI. Decis. 33. *Frid. Gottl.* ZOLLER Diss. Utrum per condictionem indebiti repeti possint usurae? Lips. 1768. §. 7. sq. von Quistorp rechtliche Bemerkungen. 1. Th. Bem. LXXIII. S. 242. de COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 20 in fin. und Westphal Rechtsgutachten 1. B. h. t. §. 1. S. 80.

37) *L. 34. D. de Usur.*

38) LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 29. LEYSER c. l. Westphal a. a. O. BOEHMER Doctr. de Action. Sect. I. Cap. 3. §. 38. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 2.

39) BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 1. Cod. h. t. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 6. KIND Quaestion. for. Tom. II. cap. 52. pag. 288. sq. *Henr. Ioh. Otto* KOENIG in Diss. de quaestione, utrum usurae veniant in condictionem indebiti. *Halae 1774.* §. IV. not. l.

40) Commentar. ad Pand. h. t. §. 12. in fin.

der auf seine Gefahr ausgeliehen, und dafür Zinsen erhoben hat, angehalten werden sollte, die letzteren wieder herauszugeben. Denn da der Kläger doch inzwischen die Gefahr des Kapitals nicht gehabt hat, so sey es billig, daß der Beklagte, welcher das periculum sortis in der Zwischenzeit gehabt habe, auch die Zinsen dafür genieße. Allein dieser Grund dürfte, genau erwogen, darum von keinem sonderlichen Gewicht seyn, weil sich nicht schlechterdings behaupten läßt, daß in dem unterliegenden Falle die Gefahr nur gerade auf Seiten des Empfängers gewesen sey. Denn da derselbe, als bonae fidei possessor, für das empfangene indebitum nur in soweit haftet, als er dadurch bereichert worden ist, so würde er auch die Gefahr nicht tragen dürfen, wenn das Kapital durch das Ausleihen des Geldes verlohren gegangen seyn sollte, er müßte vielmehr, weil hier der Grund der Klage wegfällt, ganz freygesprochen werden [41]). Hugo Donellus [42]) meint zwar, der Empfänger der Nichtschuld müsse, wie der Schuldner im Darlehn, die Gefahr tragen, wenn die indebite gegebene Sache eine fungible ist [43]). Allein wenn gleich auch der Empfänger der Nichtschuld quasi ex mutui datione obligirt wird [44]); so ist doch noch immer zwischen der obligatio ex mutuo, und der ex solutione indebiti ein großer Unterschied, indem letztere nur insofern begründet wird, als der Empfänger durch das erhaltene indebitum sich

41) S. *Franc.* DUARENUS in Commentar. ad h. Tit. cap. 9. in fin. *Oper.* pag. 916.

42) Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 18.

43) §. 2. *I. Quib. mod. re contrah. obligat.*

44) *L.* 5. *§.* 3. *D. de obligat. et act.*

sich reicher befindet; dahingegen erstere durch den Contract unbedingt begründet ist, und daher fortdauert, wenn gleich der Schuldner keinen Nutzen von dem erhaltenen Darlehn gehabt hätte. Dessen allen ungeachtet scheint mir die erste Ausnahme dennoch ungegründet zu seyn. Es lassen sich hier zwey Fälle gedenken. Der Beklagte hat entweder die erhobenen Zinsen consumirt, oder er besitzt sie noch. In dem ersten Falle fällt schon darum alle Vergütung weg, weil doch dem Beklagten eben so viel Recht, als einem bonae fidei possessor, zustehen muß, welcher die fructus consumtos lucrirt [45]). In dem letztern aber scheint es zwar der Billigkeit gemäß zu seyn, daß der Beklagte mit den indebite empfangenen Geldern auch den davon gezogenen Gewinn herausgebe. Allein die ganz allgemein lautenden und entscheidenden Worte des Gesetzes sprechen auch hier den Beklagten von der Restitution der Zinsen frey. So wenig also beym Darlehn die Klage darum auf Zinsen gerichtet werden kann, weil der Empfänger desselben das Geld genutzt, und damit wieder etwas gewonnen hat; so wenig kann auch aus diesem Grunde die condictio indebiti mit auf die Zinsen gerichtet werden, da sie ganz nach der Form der Darlehnsklage gebildet ist *). Der Irrthum, daß heutiges Tages die Darlehnsklage auf Zinsen gerichtet werden könne, wenn auch der Schuldner dergleichen nicht versprochen hätte, und sich auch nicht im Verzug der Wiederbezahlung wegen befinden sollte, ist oben [46]) widerlegt worden. Soviel

45) §. 35. *I. de Rer. divis.* S. HOMMEL Rhaps. quaest. for. Vol. I. Obs. 28 und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Tom. II. h. t. Qu. 20. not. b. pag. 209.

*) S. MADIHN ad *Menken* doctr. de Actionib. for. pag. 335. n. 1058.

46) S. den 12. Theil dieses Commentars §. 779. S. 5. Not. 21.

Soviel die andere Ausnahme anbetrift, so sind die Rechtsgelehrten hier wieder unter sich verschiedener Meinung. Einige sprechen dem Kläger ohne Unterschied a tempore morae Zinsen zu, der Verzug mag durch eine gerichtliche oder aussergerichtliche Interpellation bewirkt worden seyn, wie z. B. Stryk und andere oben angeführte Rechtsgelehrte. Andere hingegen glauben, daß der Kläger erst von Zeit der Litiscontestation, oder wenigstens von dem Tage der insinuirten Ladung an, die Zinsen fordern könne, wie Huber, Brunnemann und mehrere andere. Noch andere wollen den Verzug des Beklagten erst von der Zeit an gerechnet wissen, wo der Kläger den Irrthum in Bezahlung der Nichtschuld nachgewiesen hat, als Westphal [47]) und Emminghaus [48]). Nun fehlt es zwar auch nicht an Rechtsgelehrten [49]), welche diese zweyte Ausnahme schlechterdings verwerfen, oder sie wenigstens nur in dem Falle zulassen wollen, wenn dem Kläger das condicirte Kapital durch richterliches Erkenntniß bereits rechtskräftig zugesprochen seyn sollte [50]). Allein da sie den Grund ihrer Meinung lediglich darin setzen, daß die condictio indebiti eine actio stricti iuris sey, dergleichen sie doch so wenig nach dem römischen als heutigem Rechte ist; so verdient diese

47) Oeffentliche und Privat-Rechtsgutachten 1. B. ad h. Tit. §. 1. S. 80.

48) Ad *Cocceji* ius civ. controv. Tom. II. h. t. Qu. 20. not. b. pag. 209.

49) DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 18. in fin. BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 6. Th. 7. not. 6.

50) Quistorp in den rechtl. Bemerkungen 1. Bd. Nr. LXXIII. S. 239.

diese letzte Meinung an sich keinen Beyfall. Es ist vielmehr nach einer richtigern Theorie ein Unterschied zwischen dem römischen und heutigem Rechte zu machen. Nach der Vorschrift des röm. Rechts konnte auch nicht einmal der Verzug bey der condictio indebiti eine Zinsenforderung begründen. Denn die *L.* 1. *C. h. t.* macht für diesen Fall keine Ausnahme, und auch die actio mutui konnte nicht auf Verzugszinsen gerichtet werden, deren Natur doch die condictio indebiti annimmt.[51]) Allein so wie nach teutschen Rechten beym Darlehn Verzugszinsen gefordert werden können [52]), so hat es auch keinen Zweifel, daß heutiges Tages nicht minder bey der condictio indebiti, wegen des Verzugs in Wiederbezahlung des indebite empfangenen Geldes, Zinsen verlangt werden können [53]). Daß dieser Verzug aber immer von Zeit der Litiscontestation an eintrete, wie viele behaupten, ist nicht erweislich. Bey dinglichen Klagen treten zwar von dieser Zeit an alle

51) *L.* 24. *D. de praescr. verb.* BOEHMER Diss. de fundamento usurarum pecuniae mutuaticiae §. 30.

52) Deputations-Absch. vom J. 1600. §. 174. und Jüngst. Reichsabschied §. 152.

53) Mehrere Rechtsgelehrten wollen jedoch behaupten, daß die Bestimmung der angeführten Reichsgesetze nur auf das Darlehn einzuschränken sey, und daß daher bey der condictione indebiti auch heutzutage keine Verzugszinsen gefordert werden könnten. S. GRASS. Collat. iuris civ. cum Recess. imp. Sect. VI. Th. 1. pag. 276. sq. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 1847. Gerstlacher im Handbuch der teutschen Reichsgesetze Th. 10. B. 2. Kap. 4. §. 87. Anmerk. 200. S. 2189. Ich kann dieser Meinung nicht beytreten.

Wirkungen des Verzugs ein [54]). Allein bey persönlichen Klagen läßt sich nicht auf gleiche Weise annehmen, daß durch die Litiscontestation ein böser Glaube bewirkt werde [55]). Denn die Regel: *post litem contestatam, quinimo post controversiam motam omnes incipiunt malae fidei possessores esse*, geht nur auf doli und culpae praestationem [56]), wovon hier bey einer Klage, wodurch der Kläger sein ehemaliges Eigenthum zurückfordert, die Frage nicht seyn kann [57]). Wer

54) *L. 25. §. 6. et 7. D. de heredit. petit. L 45. D. de rei vindic. L. 2. C. de fruct. et lit. expens. L. 10. C. de acquir. et ret. poss.*

55) S. Heinr. Ernst Ferd. Boley Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien. Stuttgart 1800. 1. Betr. S. 28. ff.

56) S. den 7. Theil dieses Commentars und dessen 2. Abth. §. 567. S. 545. ff.

57) Die *L. 35. D. de Usur.* worin es heißt: *Lite contestata usurae currunt*, gehört gar nicht hierher. Es ist ganz unrichtig, wenn man gewöhnlich diese Gesetzstelle so verstehen will, als ob von Zeit der Litiscontestation an Zinsen zu laufen anfangen sollen, welche vorher nicht hätten gefordert werden können. Es ist vielmehr hier von der Fortdauer des Zinsenlaufs oder von einer Nichtunterbrechung desselben die Rede. Der Sinn ist also der, daß durch die Litiscontestation der Zinsenlauf nicht aufgehoben werde. Es konnte allerdings Zweifel entstehen, ob nicht durch die L. C. welche eine nothwendige Novation bewirkt, *L. 11. §. 1. L. 29. D. de novat.* der Lauf der Zinsen unterbrochen werde? Diesen Zweifel wollte Paulus hier beantworten, wie sich aus *L. 1. C. de iudic.* ergiebt, wo die Kr. Sever und Antonin, unter denen Paulus lebte, rescribiren; Iudicio coepto usurarum stipulatio non est peremta. Verbindet man damit noch eine andere Stelle,

Wer demnach mit Grund die Zurückzahlung verweigert, dem fällt kein Verzug zur Last, und er darf also auch keine Zinsen bezahlen [58]). Dies kann aber hier der Beklagte so lange, als der Kläger nicht den Irrthum nachgewiesen, und den Beklagten von der Bezahlung einer Nichtschuld überzeugt hat. Also erst von dieser Zeit an tritt der Verzug des Beklagten ein, es mag jene Ueberzeugung durch eine gerichtliche oder aussergerichtliche Interpellation bewirkt worden seyn.

b) Sind individuelle Sachen indebite gegeben worden, so können diese mit allen Früchten und sonstigen Accessio-

Stelle, nämlich die *L. 18. D. de novat.* welche eben so, wie die *L. 35. D. de Usur.* aus PAULI *Libro 57. ad Edictum* genommen ist, und von welcher diese, aller Wahrscheinlichkeit nach, einen Theil ausmachte; so wollte Paulus die Wirkungen der freywilligen und nothwendigen Novation einander entgegenstellen. Durch die erstere werden mit der Hauptverbindlichkeit auch alle accessorische Verbindlichkeiten aufgehoben, mithin auch der Lauf der Zinsen unterbrochen: Novatione legitime facta, sagt Paulus *L. 18. D. de novat.* liberantur hypothecae et pignus, *usurae non currunt.* Allein von ganz anderer Beschaffenheit ist die letztere. Denn da man durch Anstellung einer Klage seine Lage nicht verschlimmern, sondern nur verbessern kann, so müssen auch, der Litiscontestation ungeachtet, die Zinsen fortlauffen. Dies ist es, was Paulus *L. 35.* sagen wollte. S. CUJACIUS Observat. Lib. XVIII. c. 3. *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XV. cap. 1. und *Ger.* NOODT Tr. de foenore et usur. Lib. III. cap. 12.

58) *L. 24. D. de Usur.* Si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram; utique, si iuste ad iudicium provocaverit. *L. 63. D. de reg. iur.*

cessionen zurückgefordert werden [59]). Die Klage geht also hier auf Zurückgabe in Natur, und nur, wenn dieses nicht mehr möglich ist, auf Erstattung des Werths [60]). Jedoch ist hier ein Unterschied zu machen, ob die Sache durch Zufall zu Grunde gegangen, oder ob sie sonst durch die Handlung des Beklagten in einen solchen Zustand gerathen ist, wo es nicht mehr in der Gewalt desselben steht, die Sache in Natur zu restituiren. Im ersten Falle muß der Beklagte absolvirt werden. Denn für den Zufall darf er nicht haften, so lange ihm kein Verzug zur Last fällt [61]). Es heißt hier: *Res perit ei, cui debetur* [62]). In dem letztern Falle hingegen restituirt er, was er von dem Empfangenen noch besitzt [63]). Hat er also die Sache bona fide verkauft, so giebt er das dafür erhaltene Kaufgeld zurück, soweit er noch dadurch bereichert ist, wenn er auch die Sache noch so wohlfeil verkauft haben sollte [64]). Hat er die Sache verschenkt, oder den indebite erhaltenen Sklaven manumittirt, so vergütet er nichts, ausser soweit er etwa durch die

59) *L. 7. D. h. t, L. 15. pr. L. 26. §. 12.* verb. Utputa fundum indebitum dedi, et fructus condico; *L. 65. §. 5. D. h. t.*

60) *L. 26. §. 12. L. 65. §. 5. D. h. t.*

61) DONELLUS in Comm. iur. civ. Lib. XIV. cap. 18. sagt: *Re amissa casu, aut deteriore facta, quod quidem sine mora accipientis contigerit, detrimentum dantis est, non accipientis.*

62) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 326. b.

63) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 29. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XIIX. §. 44.

64) *L. 26. §. 12. D. h. t.* Verb. Dedi hominem indebitum, et hunc sine fraude *modico* distraxisti, *nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes.*

die Dienste des letztern Etwas gewonnen haben sollte [65]). Denn weil das Eigenthum auf ihn übertragen war, so konnte er auch als Eigenthümer mit der Sache nach seinem Gefallen schalten [66]). Er war zwar immer zur Restitution verbunden, allein wir setzen hier voraus, daß er die Sache, als eine ihm wirklich gebührende, in gutem Glauben angenommen habe. Aus allem leuchtet also die Wahrheit klar hervor, daß die condictio indebite immer nur insoweit begründet sey, als der Beklagte durch das erhaltene indebitum sich reicher befindet. Franz Duaren [67]) kann diese Wahrheit, ihrer wichtigen Folgen wegen, nicht tief genug einprägen. Sed hic notandum est, sagt er, quod est observatione dignum, eum, a quo condicitur indebitum, eatenus damnari, quatenus sit factus locupletior. Nam si appareat, eum nihilo magis locupletiorem factum esse ex eo, quod solutum est, non condicetur ei solutum, licet indebitum solutum sit per errorem. Es läßt sich daher nicht füglich behaupten, wenn Hellfeld sagt, die condictio indebiti concurrire mit der condictione furtiva, wenn der Empfänger wissentlich die Nichtschuld annahm. Eine solche Concurrenz läßt sich auch aus der angeführten *L. 18. D. de condict. furtiva* nicht wohl erweisen, wie sich gleich bey näherer Prüfung ergeben wird. Scävola, aus dessen *libro IV. Quaestionum* dieses Fragment entlehnt ist, sagt nämlich: Quoniam furtum fit, *cum quis indebitos nummos sciens acceperit*, videndum,

65) *L. 65. §. 8. D. h. t.*

66) *L. 21. C. Mandati.* DONELLUS cit. loc. pag. 705.

67) Commentar. in h. Tit. cap. IX. *Operum* p. 916. Man sehe auch VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 12.

dendum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat? Et POMPONIUS *Epistolarum libro* 8. ipsum condicere ait ex causa furtiva: sed et me condicere, si ratum habeam, quod indebitum datum sit. *Sed altera condictione altera tollitur.* Scävola geht hier von dem Grundsatz aus: derjenige begeht ein furtum, welcher, wohl wissend, daß er nichts zu fordern habe, nichts desto weniger in eigenem Namen von einem Andern eine Zahlung annimmt, der ihn irrigerweise für seinen Gläubiger hielt. Das Eigenthum des Empfangenen geht also nicht auf den falschen Gläubiger über Ulpian läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L.* 43. *pr. D. de furtis* sagt: Falsus creditor, hoc est is, qui se simulat creditorem, si quod acceperit, furtum facit, *nec nummi eius fient* 68).

Daß

68) Mehrere Rechtsgelehrten wollen zwar einen Unterschied machen, ob der Zahler von freyen Stücken in der Meinung, daß er schuldig sey, die Zahlung geleistet habe, oder ob er durch den Betrug des falschen Gläubigers erst zur Zahlung verleitet worden sey. Nur in dem letztern Falle soll die wissentliche Annahme einer Nichtschuld ein Diebstahl seyn, aber nicht in dem erstern. So *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad L. 18. D. de condict. furt. mit Bartolus; auch POTHIER in Pand. Justinian. Tom. III. Tit. de furtis Nr. XXIII. not. k. pag. 402. und LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 22. Ja andere erfordern sogar, daß der falsche Gläubiger den Namen des wahren Gläubigers angenommen haben müsse, wie z. B. *Barthol.* CHESIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 37. nr. 15. sqq. (in *Iurisprud. Rom. et Attica* Tom. II. pag. 194.) Allein wie wenig dieser Unterschied gegründet sey, erhellet aus folgenden Gesetzstellen. *L.* 21. *§.* 1. *L.* 44. *§.* 1. *D. de furt. L.* 38. *§.* 1. *D. de Solution.* Die *L.* 80. *§.* 6. *D. de furt.* kann uns nicht entgegen stehen, da sie blos von einem falsus procurator redet.

Daß also die condictio furtiva begründet sey, leidet keinen Zweifel. Nun entstand aber die Frage, wenn mein Procurator aus Irrthum die Zahlung mit seinem Gelde für mich geleistet hatte, wem die condictio zustehe? Natürlich war es wohl, daß sie nur dem Eigenthümer zustehen könne, und dieser ist mein Bevollmächtigter [69]. Denn dieser ist eigentlich der Bestohlne. Nur er allein ist also zur condictio furtiva berechtiget, nicht ich, wenn gleich die Zahlung für mich geschehen ist. Wie aber, wenn ich die geschehene Zahlung genehmige? Auch diese Ratihabition berechtiget mich an sich noch nicht zur condictio furtiva. Sie kann mich zwar zur Entschädigung meines Bevollmächtigten verpflichten, aber nicht zum Eigenthümer machen. Meine Genehmigung hat indessen doch die Wirkung, daß ich nun selbst condictione indebiti gegen den falschen Gläubiger klagen kann. Klagt hingegen mein Procurator wegen der Genehmigung der geleisteten Zahlung gegen mich auf Schadloshaltung [70], so kann ich ihn durch die exceptio doli mali nöthigen, daß er mir seine condictio furtiva cedire. Allein ohne Cession kann ich gegen den falchen Gläubiger nur mit der condictione indebiti klagen. Daß diese in den Worten: *sed et me condicere*, gemeint sey, erhellet

 aus

redet. Beyde Meinungen hat ausführlich widerlegt *Ioan.* ALTAMIRANUS in Commentar. ad Libros Quaestionum Q. Cervidii Scaevolae. Tractat. IV. ad L. 18. D. de condict. furt. § 5. sqq. (in MEERMANI *Thes. iur. civ. et canon.* Tom. II. p. 420. sq.)

69) *L. 1. D. de cond. furt.* In furtiva re *soli domino* condictio competit.

70) Die Ratihabition begründet nämlich die *actionem mandati*, weil sie einer Bevollmächtigung gleichgeachtet wird. *L. 12. §. 4. D. de Solution.*

aus der *L.* 80. §. *ult. D. de furt.* wo **Papinian** sagt: Qui rem Titii agebat, eius nomine falso procuratori creditoris solvit, *et Titius ratum habuit:* non nascitur ei furti actio, quae statim, cum pecunia soluta est, ei, qui dedit, nata est; *cum Titii nummorum dominium non fuerit, neque possessio.* Sed CONDICTIONEM INDEBITI quidem Titius habebit; FURTIVAM autem, *qui pecuniam dedit:* quae, si negotiorum gestorum actione Titius conveniri coeperit, *arbitrio iudicis ei praestabitur.* Beyden zugleich kann also die condictio furtiva eben so wenig zustehen, als es möglich wäre, daß Zweyen das Eigenthum an einer und derselben Sache in solidum zustehen könnte, wie **Anton Faber** [71]) sehr richtig bemerkt hat. Hier entsteht nun aber die Schwierigkeit, wie die condictio indebiti Statt haben könne, da diese auf Seiten des Beklagten eine Uebertragung des Eigenthums voraussetzt, welche aber hier nicht angenommen werden kann? **Anton Faber** hat sich hierauf nicht eingelassen. Allein **Johann Altamiranus** [72]) sucht diese Schwierigkeit auf folgende Art zu lösen. *Ego sic rem hanc explicari posse existimabam, si dicam, non esse necessarium, ut indebiti condictio competat, dominium translatum esse in illum, cui indebitum datum est, si ille, qui petit, recte possit intendere, rem sibi dari oportere; ideo enim vel dominium, vel possessionem translatam, ut indebiti condictio competat, iura requirunt, quia ille, qui petit, non aliter intendere potest, sibi dari*

71) Rational. in Pand. ad L. 18. D. de condict. furt.

72) Commentar. ad Quaest. Scaevolae Tract. IV. ad L. 18. cit. Tom. II. *Thes. Meerman.* pag. 422.

dari oportere [73]). *Quodsi ille, qui condicit, rei solutae dominus non erat, neque possessor, recte, etsi, qui accepit, dominus non fiat, condicere potest, ut sibi res reddatur, si aliquo iure, qui accepit, sibi obligatus est; quod evenit in proposito. Pone, quod cum procurator meus suos nummos indebite solverit scienter accipienti, ego ratum habui, qua ratihabitione, quia mandato comparatur, mandati iudicio procuratori teneor, et perinde habetur, ac si ego solvissem: unde etsi tu, quia scienter accepisti, et furtum commisisti, dominus factus non sis pecuniae solutae: ego tunc recte intendere possum, ut rem, quae apud te est sine causa, mihi restituas; perinde enim mihi teneris, ac si ego solvissem, propter ratihabitionem: quod cum furtiva condictione repetere non possim, quia mihi furtum factum non est, saltim indebiti condictio accommodabitur, quia aequitas suggerit, ut res, quae mihi abest, quia procuratori mandati iudicio teneor, apud te sine causa non sit* [74]). So wenig nun auch diese Auflösung befriediget, so erhellet doch wenigstens soviel aus allem klar, daß wenn nur dem Eigenthümer des Geldes die condictio furtiva, mir aber wegen der Genehmigung die condictio indebiti zusteht, von einer Concurrenz dieser Klagen gar keine Rede seyn könne. Es würde auch eine solche Concurrenz einen offenbaren Widerspruch enthalten, da die condictio furtiva dem Eigenthümer, und die condictio indebiti dem Nichteigenthümer zusteht [75]). Daher kann wohl die condictio indebiti, zu welcher ich in dem vorliegenden Falle berechtiget bin, keine andere, als die con-

73) §. 14. *I. de Actionib.*

74) *L. 14. L. 66. D. h. t.*

75) CLUDIUS de condictione furtiva Cap. 5. nr. 7.

condictio incerti seyn, welche in einem solchen Falle, da weder dem Kläger, noch dem Beklagten, das Eigenthum der zu condicirenden Sache zusteht, nur auf den Besitz der Sache geht [76]). Bey dieser condictio incerti, welche keine Uebertragung des Eigenthums erfordert, ist es denn auch, wie schon oben bemerkt worden, gleichviel, ob der Beklagte in bona, oder mala fide ist [77]). Wie wenig sich aber behaupten läßt, daß die condictio indebiti mit der condictione furtiva in dem Falle concurrire, da der Empfänger der Nichtschuld in mala fide ist, erhellet noch besonders aus folgender Gesetzstelle. Paulus sagt *L. 14. D. de condit. causa data, causa non secut.* Si procuratori falso indebitum solutum sit, ita demum a procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit: sed ipse dominus tenetur, ut IULIANUS scribit. Quodsi dominus ratum non habuisset, etiamsi debita pecunia soluta fuisset, ab ipso procuratore repetetur. Non enim quasi indebitum datum repetetur, sed quasi ob rem datum, nec res secuta sit, ratihabitione non intercedente:

76) *Arg. L. 15. §. 1. D. h. t.* Sed et si nummi alieni dati sunt, condictio competet, ut vel possessio eorum reddatur: quemadmodum si falso existimans, possessionem me tibi debere alicuius rei, tradidissem, condicerem.

77) Man führt zwar noch verschiedene Stellen an, woraus man beweisen will, daß es auch bey der condictione indebiti certi nicht darauf ankommen soll, ob der Empfänger in bona oder mala fide sey; als *L. 37.* und *L. 65. §. 8. D. h. t.* Allein diese Stellen sind schon oben erklärt worden. Vergleiche §. 827. not. 61. S. 74. auch VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. und POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XLVI. not. f. pag. 377.

dente: vel quod furtum faceret pecuniae falsus procurator; cum quo non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse. Es ist hier von dem Falle die Rede, da man aus Irrthum an einen falschen Sachwalter eine Nichtschuld bezahlt hat. Hier sind zwey Fälle zu entscheiden. Der Principal, in dessen Namen der Procurator die Zahlung annahm, hat entweder diese Handlung genehmiget. Hier haftet er, als ob ihm selbst die Zahlung geschehen wäre. Oder es ist keine Ratihabition erfolgt. Hier muß der falsche Sachwalter belangt werden. In Ansehung der Klage aber kommt es darauf an, ob sich der Procurator durch Annahme des Geldes in der Absicht, sich dasselbe zuzueignen, eines Diebstahls schuldig gemacht hat, oder nicht. In dem letzten Fall ist das Eigenthum auf den Empfänger übergegangen, und es kann gegen ihn die *condictio indebiti* [78]), oder, wenn die Zahlung unter der Bedingung geschahe, dafern die Ratihabition erfolgen würde, auch die *condictio causa data causa non secuta* auf Zurückgabe desselben angestellt werden. In dem ersten Falle hingegen hat die *actio furti* auf das Doppelte, oder die *condictio furtiva* Statt, weil hier das Eigenthum nicht auf den Empfänger übergegangen ist. Es ist also auch hier von keiner Concurrenz der condictio indebiti oder condictio causa data causa non secuta mit der condictione furtiva, sondern von ganz verschiedenen Fällen die Rede, wie **Anton Faber** [79]) und **Pothier** [80]) auch sehr gründlich bemerkt haben.

c) Ist

78) *L. 6. §. 1. et 2. D. h. t.*

79) Rational. in Pand. ad L. 14. cit. *Ant.* FABER behauptet daher mit Recht, daß die Worte: *vel quod furtum faceret pecuniae falsus procurator*, disiunctive zu verstehen seyen, und statt *cum*

c) Ist eine Geldschuld in Waaren bezahlt, oder ein Grundstück an Zahlungs Statt gegeben worden; und beydes ist von größerm Werth, weil der Schuldner die Schuld aus Irrthum für größer hielt, als sie wirklich betrug; so kann in jenem Falle nur der Ueberschuß an Waaren; im letztern aber das ganze Grundstück zurückgefordert werden. Denn eine theilweise Restitution des letztern würde sonst den Kläger in die unangenehme Nothwendigkeit einer Gemeinschaft mit dem Beklagten versetzen, wozu doch Niemand genöthiget werden soll. Hier bleibt also die vorige Schuld, jedoch braucht der Gläubiger das Grundstück nicht eher zurückzugeben, als bis er wegen seiner Forderung befriediget ist. **Ulpian** hat diesen Fall *L.* 26. §. 4. *et* 5. *D. h. t.* entschieden. Es heißt daselbst: Si *centum* debens, quasi *ducenta* deberem, *fundum ducentorum* solvi: competere repetitionem MARCELLUS *libro* 20. *Digestorum* scribit, et centum manere stipulationem. Licet enim placuit, rem pro pecunia solutam parere liberationem; tamen si ex falsa debiti quantitate maioris pretii res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia: *nemo enim invitus compellitur ad communionem.* Sed et condictio integrae rei manet, et obligatio incorrupta: ager autem retinebitur, donec debita pecunia *solvatur.* Idem MARCELLUS ait, si *pecuniam* debens, *oleum* dederit *pluris pretii*, quasi plus debens, vel cum oleum deberet, oleum dederit, quasi maiorem modum debens

cum quo vielmehr mit Haloander *cum* EO *non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse*, zu lesen sey.

80) Pand. Iustin. Tom. I. Lib. XII. Tit. 4. Nr. II. not. c. p. 362.

bens: superfluum olei esse repetendum, non totum, et ob hoc peremtam esse obligationem.

d) Ist eine Wohnung indebite gegeben worden, so muß sie zu Gelde angeschlagen, und zwar nach dem Preise berechnet werden, um welchen sie der Beklagte gemiethet, nicht aber um welchen sie der Kläger vermiethet haben würde. Dies lehrt **Paulus** *L.* 65. §. 7. *D. h. t.* wo er sagt: Habitatione data, pecuniam condicam: non quidem quanti locare potui, sed quanti tu conducturus fuisses. Der Grund hiervon ist, wie Anton Faber [81]) sagt, weil die condictio indebiti nicht auf das Interesse des Klägers, sondern blos auf Herausgabe desjenigen geht, was der Beklagte durch das indebitum gewonnen hat. Nun befindet sich hier der Beklagte durch die genossene Habitation nur insoweit reicher, als er unterdessen das Miethgeld erspart hat. In tantum enim locupletior es, sagt auch **Pothier** [82]), in quantum pecuniae tuae pepercisti.

e) Die Früchte müssen nicht blos von Zeit der erhobenen Klage an, sondern nach der gesetzlichen Natur der Condictionen, von der Zeit an zurückgegeben werden, da der Beklagte die condicirte Sache erhalten hatte, soweit er nämlich dieselben noch besitzt [83]). **Paulus** sagt *L.* 15. *pr. D. h. t.* Immo et *fructus*, quos is, cui solutum est, bona fide percepit, in condictionem venient; und *L.* 38. §. 2. *D. de Usur.* heißt es: Item si indebitum fundum solvi,

81) Rational. in Pand. ad h. L. 65. §. 7. h. t.

82) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XLVI. not. e. pag. 377.

83) *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 18. pag. 706. und VINNIUS in Comment. ad §. 28. I. de Actionib. nr. 4.

solvi, et repeto, *fructus* quoque repetere debeo. Jedoch können die Unkosten abgerechnet werden, wie eben dieser Paulus *L.* 65. § 5. *D. h. t.* bemerkt, wo er sagt: Ei, qui indebitum repetit, et *fructus* et *partus* restitui debent, *deducta impensa.* Warum aber die Früchte zurückgefordert werden können, und nicht auch Zinsen, da doch nach *L.* 34. *D. de Usuris* Zinsen die Stelle von Früchten vertreten, und beyde nicht von einander abgesondert werden sollen, hat einen ganz natürlichen Grund. Denn Früchte sind der natürliche Zuwachs einer Sache. Diese würden also dem Kläger gewiß zugefallen seyn, wenn er seine Sache behalten hätte. Allein Zinsen werden aus einer an sich unfruchtbaren Sache hervorgebracht. Sie entstehen nicht aus der Natur des Geldes. Denn das hat keine productive Kraft; sondern sie werden durch positive Bestimmungen des Rechts bezogen. *Usura* non natura pervenit, sagt Papinian *L.* 62. *pr. D. de rei vindicat.* sed iure percipitur [84]). Es ist also nicht gewiß, daß der Kläger Zinsen würde erhoben haben, wenn er auch sein Geld behalten hätte. Wenn daher dem Kläger die Früchte der Sache aus dem Grunde zugesprochen werden, weil er sie ja selbst erhalten hätte, wofern die Sache in seinem Besitz geblieben wäre; so *läßt* sich dieser Grund nicht mit gleicher Stärke dazu gebrauchen, den Beklagten auch in die Zinsen zu verurtheilen [85]. Mag es nun auch gleich nach der angeführten *L.* 34.

84) Man sehe auch *L.* 121. *D. de Verb. Signif.*

85) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XI. Err. 1. IDEM Coniecturar. iur. civ. Lib. XV. c. 1. *Ger.* NOODT Tr. de foenore et usuris Lib. III. cap. 12.

L. 34. *D. de Usuris* wahr seyn, daß in vielen Fällen, z. B. bey den Vermächtnissen und Fideicommissen, der actio tutelae, und den übrigen actionibus bonae fidei die Zinsen mit den Früchten gleiche Rechte haben; so kann doch wenigstens alsdann von dieser Verordnung kein Gebrauch gemacht werden, wenn die Gesetze bey gewissen Klagen, wie z. B. bey den Condictionen, nach der besondern Natur derselben, die Zinsen ausdrücklich ausschließen [86]).

Noch ist zu bemerken, 1) wenn Jemand im Namen eines Andern, z. B. als desselben Mandatar, eine Nichtschuld bezahlt, und diese der Empfänger in gutem Glauben angenommen hat; so kommt die condictio indebiti nicht dem Mandatar, sondern seinem Principal zu, für den er die Zahlung geleistet hat [87]); und es kommt hier nicht darauf an, ob der Bevollmächtigte mit seinen oder mit seines Principals Geldern bezahlt hat [88]). Es ahmt also auch hierin die condictio indebiti die Darlehnsklage nach [89]). Man setzt aber freylich voraus, daß der Bevollmächtigte zur

86) S. Boley Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien. 1. Betr. S. 9. ff. Man vergleiche auch den 8. Th. dieses Commentars §. 591. S. 297.

87) *L. 6. Cod. h. t.* Si per ignorantiam facti non debitam quantitatem *pro alio* solvisti, et hoc, adito Rectore provinciae, fuerit probatum, hanc ei, cuius nomine soluta est, restitui eo agente providebit.

88) *L. 46. L. 53. D. h. t.* S. *Iust.* MEIERI Ευδοξων Iustinianeor. Dec. IV. Cap. 6.

89) *L. 2. §. 4. L. 9. §. 8. D. de reb. credit. L. 2. Cod. per quas pers. nobis acquir.* S. den 12. Th. dieses Commentars §. 779 S. 18. ff.

zur Zahlung den Auftrag gehabt habe, oder die Zahlung wenigstens nachher von seinem Principal genehmiget worden sey [90]). Denn ist weder das eine noch das andere geschehen, so kann der Mandatar selbst die condictionem indebiti anstellen [91]). Weil jedoch die Condiction dem Bevollmächtigten hier gegen die Regel des strengen Rechts bloß der Billigkeit wegen gestattet wird, damit er nicht in Schaden gerathe, so wird diese Klage eine *condictio indebiti utilis* genennt. So sagt **Pothier** [92]). Hoc casu *utili actione* procurator repetet. Alioquin in damno versaretur, cum a domino, qui hanc solutionem ratam non habet, non possit repetere, quod eius nomine solvit: nec enim mandato contineri intelligitur, ut id, quod indebitum est, solvat.

Eben dies gilt auch 2) in dem Falle, wenn ein Vormund im Namen seines Pupillen eine Nichtschuld bezahlt hat. Hier kann eigentlich der Vormund die condictionem indebiti nicht in eigenem Namen anstellen, er mag mit seinem oder mit des Pupillen Gelde bezahlt haben. In der *L. 6. §. ult. D. h. t.* heißt es ausdrücklich: IULIANUS ait, neque *tutorem*, neque procuratorem solventes *repetere posse*: neque interesse, *suam pecuniam*, an *pupilli* vel domini solvant. Dem Pupillen steht also eigentlich die condictio zu, wie **Papinian** lehrt *L. 57. pr. D. h. t.* Cum indebitum *impuberis nomine* tutor numeravit, *impuberis con-*

90) S. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 8.

91) *L. 6. princ. D. h. t.* Si procurator tuus indebitum solverit, *et tu ratum non habeas*, posse repeti, LABEO *libris Posteriorum* scripsit.

92) Pandectae Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXXVIII. not i. p. 375.

condictio est. Nur dann, wenn der Vormund das Bezahlte in der Vormundschaftsrechnung nicht in Ausgabe gebracht hätte, kann er selbst und in eigenem Namen klagen. So entscheidet Scävola *L.* 67. §. 1. *D. h. t.* Tutor creditori pupilli sui plus, quam debebatur, exsolvit, *et tutelae iudicio pupillo non imputavit*; Quaero, an *repetitionem* adversus creditorem haberet? Respondit, *habere.*

3) Hat Jemand aus Irrthum eine Nichtschuld versprochen, und der dafür bestellte Bürge für den Promittenten aus gleichem Irrthume bezahlt; so kommt es darauf an, ob der Bürge im Namen des Promittenten, oder im eigenem Namen die Zahlung geleistet hat. In dem ersten Falle stellt der Promittent die condictionem indebiti gegen den Empfänger der Nichtschuld an, weil die Zahlung in seinem Namen geschehen ist. Der Bürge hingegen hält sich ex causa mandati an den Promittenten. Eine besondere Genehmigung wird von Seiten des Letztern nicht erfordert. Denn wenn ich Jemanden den Auftrag gebe, für mich Bürgschaft zu leisten, so liegt darin auch schon implicite eine Bevollmächtigung zur Zahlung. In dem letztern Falle hingegen klagt der Bürge gegen den Empfänger der Nichtschuld. Hat er aber das Ganze nicht zurückerhalten können, so bleibt ihm unbenommen, mit der actione mandati seinen Regreß gegen den Promittenten zu nehmen. Er muß nur von dem Grunde der Nichtschuld keine Wissenschaft gehabt haben, weil es ihm sonst zur Last fallen würde, daß er Zahlung geleistet hätte. Dies ist der Sinn folgenden merkwürdigen Fragments aus des Celsus *Libro* 6. *Digestorum*, welches *L.* 47. *D. h. t.* so lautet:

 Inde-

Indebitam pecuniam per errorem promisisti; eam, qui pro te fideiusserat, solvit: Ego existimo, si *nomine tuo* solverit fideiussor, *te fideiussori, stipulatorem tibi obligatum fore.* Nec exspectandum est, *ut ratum habeas*: quoniam potes videri id ipsum mandasse, ut tuo nomine solveretur. Sin autem fideiussor *suo nomine* solverit, quod non debebat, *ipsum a stipulatore repetere posse*: quoniam indebitam iure gentium pecuniam solvit. Quominus autem consequi poterit ab eo, cui solvit, a te *mandati iudicio* consecuturum; si modo, per ignorantiam, petentem exceptione non summoverit. Von dem letztern Falle, da der Bürge in eigenem Namen Zahlung geleistet hat, ist auch das Gutachten Afrikans *L.* 38. §. 3. *D. h. t.* zu verstehen: Legati satis accepi; et cum fideiussor mihi solvisset, apparuit, indebitum fuisse legatum; posse eum repetere existimavit, wie **Pothier** [93]) sehr richtig bemerkt hat. Warum es aber in diesem Falle anders sey, als in jenem, wo der Bürge im Namen des vermeintlichen Schuldners bezahlt hat, erklärt **Anton Faber** [94]) auf folgende Art sehr gründlich: Quoties de indebiti condictione quaeritur, illud maxime inspiciendum est, non tam a quo, *quam cuius nomine solutum sit.* Nam quemadmodum, si veri debiti causa praecederet, per solutionem liberaretur verus debitor, cuius nomine solutum esset, non solvens ipse, qui nihil deberet; ita liberatione nulla subsequente, quia nulla praecessit obligatio, condictionem ei competere dicendum est, qui ea solutione liberaretur, si qua

93) Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXXVII. in fin. pag. 375.

94) Rational. in Pand. ad L. 47. D. h. t.

qua obligatio praecessisset. Id enim consequens est ei, quod dicitur, *solutionem, quae non parit liberationem, parere condictionem, et contra* [95]). Cui ergo alii acquiratur condictio, quam ei, cui esset acquisita liberatio, si solutum debitum fuisset? Atqui non alii acquiri potuit liberatio, quam vero debitori, cuius nomine facta solutio fuisset, ergo nec alii acquiri condictio potest. Igitur et fideiussor sibi parat condictionem, qui *suo nomine* solvit, quia et is liberaretur, si pro quantitate debita fideiussisset, et haberet debitorem eo nomine obligatum actione mandati, quamvis eadem solutione et debitor ipse liberaretur. Sed non quemadmodum liberatio communis est reo et fideiussori ex solutione, quam alteruter eorum fecerit [96]), ita et condictio utrique communis esse potest: idcirco enim liberatio communis utrique est, quia licet duplex sit obligatio, una rei, altera fideiussoris, utriusque tamen una et eadem causa est, quae unica solutione tollitur. *At cum nulla praecessit obligatio, nihil est, quod communem utrique acquirere possit condictionem, sed illud necessario inspiciendum est, cuius nomine solutio facta sit, quae distinctio in hoc tractatu sicut praecipua, ita perpetua est.*

Endlich 4) wenn von zwey Correalschuldnern jeder aus Irrthum das Ganze bezahlt hätte, so haben entweder beyde zu gleicher Zeit gezahlt, oder zu verschiedenen Zeiten. Im ersten Falle ist jeder die Hälfte dessen, was er bezahlt hat, zurückzufordern befugt. Si duo rei, sagt Pomponius

95) *L. 26. §. 4. et §. 13. L. 32. §. 1. et L. 63. D. h. t. L. 34. §. ult. D. de Solution.*

96) *§. 1. I. Quib. mod. toll. obligat.*

nius *L.* 19. §. 4. *D. h. t.* qui decem debebant, viginti *pariter* ſolverint: CELSUS ait, ſiingulos quina repetituros: quia, cum decem deberent, viginti ſolviſſent: et quod amplius ambo ſolverint, ambo repetere poſſunt. Eben dies gilt auch in dem Falle, wenn der Hauptſchuldner und ſein Bürge zu gleicher Zeit die Schuld ganz bezahlt haben, wie aus *L.* 20. *D. eodem* erhellet, wo Julian ſagt: Si reus et fideiuſſor ſolverint *pariter*, in hac cauſa non differunt a duobus reis promittendi: quare omnia, quae de his dicta ſunt, et ad hos transferre licebit. In dem andern Falle hingegen kommt die condictio indebiti demjenigen zu, welcher zuletzt zahlte; weil dieſer allein die Nichtſchuld bezahlt hat. Eben dies gilt auch dann, wen mehrere Bürgen des Hauptſchuldners zu verſchiedenen Zeiten mit demſelben in zertheilten Poſten, in der Summe aber mehr, als den Betrag der Schuld, bezahlt haben. Hier macht die letztere Poſt, ſoweit ſie den Betrag der ſchuldigen Summe überſteigt, den Gegenſtand der Rückforderung aus. **Ulpian** giebt dieſe Entſcheidung *L.* 25. *D. h. t.* in folgendem Falle: Cum duo pro reo fideiuſſiſſent decem, deinde reus tria ſolviſſet, et poſtea fideiuſſores quina, placuit eum, *qui poſterior ſolvit, repetere tria poſſe.* Hoc merito, quia tribus a reo ſolatis, ſeptem ſola debita ſupererant: quibus perſolutis, *tria indebita ſoluta ſunt* [97]).

97) S. *Fr.* DVARENI Comm. ad h. Tit. cap. 8. *Oper.* p. 914. und *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 19. §. 4. D. h. t.

Lib. XII. Tit. VII.

De condictione ſine cauſa,

§. 836.

Begriff. *Condictio ſine cauſa generalis* und *ſpecialis. Certi* und *incerti.*

Die *condictio ſine cauſa* 98) hat dies mit allen den Condictionen, von denen wir bisher gehandelt haben, gemein, daß ſie dem Nichteigenthümer gegen denjenigen zuſteht, auf den die Sache des Klägers eigenthümlich übertragen worden iſt. Sie findet daher nicht Statt, wenn dem Kläger ſein Eigenthumsrecht unverändert verblieben iſt, und daher die Reivindication angeſtellt werden kann. **Ulpian** ſagt ausdrücklich *L. ult. in fin. D. Uſufr. quemadmod. caveat*, die condictio ſine cauſa concurrire nicht mit der Reivindication, *quia nemo rem ſuam, niſi furi, condicere poſſit.* Man ſieht es auch daraus, wenn eine Schenkung unter Ehegatten revocirt wird, ſo wird immer in den Geſetzen 99) der Unterſchied gemacht, ob die geſchenkte Sa-

98) *Alb.* ELERS Diſſ. de condictionis ſine cauſa fundamento et uſu, praeſ. *Nicol.* PRAGEMANN def. *Ienae 1718.* und *Frid. Ulr.* PESTEL Diſſ. de condictione ſine cauſa. *Rintelii 1726.*

99) *L. 5. §. fin. L. 6. L. 33. §. 1. L. 39. L. 48. D. de donat. inter vir. et uxor.*

che noch in Natur vorhanden, oder consumirt ist, jedoch so, daß sich der beschenkte Ehegatte dadurch reicher befindet. In dem ersten Falle wird dem Schenker die rei vindicatio, in dem andern aber die condictio sine causa gestattet. Ganz recht sagt daher Cujaz [100]): Nunquam recurritur ad condictionem sine causa, nisi quum rei vindicatio cessat.

Es ist ferner zu bemerken, daß zwar in allen den Fällen, in welchen die condictio causa data causa non secuta [1]), ferner die condictio ob turpem vel iniustam causam [2]), und die condictio indebiti [3]) Statt hat, mit Recht gesagt werden kann, der Beklagte besitze das, was von ihm zurückgefordert wird, *sine causa*, oder *non ex iusta causa*, d. i. ohne einen gültigen Rechtsgrund [4]). Allein die *Condictio sine causa*, von welcher wir hier reden, ist nur dann begründet, wenn sonst keine der bisher genannten Condictionen Statt findet [5]). Sie ist also im eigent-

100) Tractat. II. ad Africanum ad L. 23. D. de rebus credit.

1) *L. 10. D. de condict. caus. data caus. non secuta. L. 1. §. 1. et 2. D. h. t.*

2) *L. 6. D. de condict. ob turp. v. iniust. caus.* S. MÜLLER ad *Struvium* Exercitat. XVIII. Thes. 19. not. α.

3) *L. 66. D. de condict. indeb. L. 1. pr. et §. 2. D. h. t. L. 3. D. eodem.*

4) Das Wort *Causa* bezeichnet hier, wie HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. sagt, negotium habile ad obligationem producendam.

5) S. CUJACII Tract. II. ad African. l. c. Ohne Grund tadelt ihn deshalb *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. Dec. XLIV. Th. 10. Man sehe auch THIBAUT Syst. d. P. R. 2. B. §. 986.

gentlichen Sinn diejenige persönliche Klage, wodurch eine Sache, welche zwar auf den Beklagten eigenthümlich, jedoch entweder ohne einen anfänglich gültigen, oder ohne einen fortdauernden Rechtsgrund übertragen worden ist, mit Früchten und Accessionen, aber ohne Zinsen, in einem solchen Falle zurückgefordert wird, wo der Kläger deshalb weder die Eigenthumsklage, noch sonst eine der übrigen bisher genannten Condictionen anstellen kann [6]).

Nach der gewöhnlichen Theorie pflegt man jedoch die *Condictionem sine causa* in *generalem* und *specialem* einzutheilen, und daher mit dieser Klage einen noch ausgedehnteren Begriff zu verbinden. Man sagt nämlich die *Condictio sine causa* werde im weitern Sinne diejenige persönliche Klage genennt, wodurch man von dem Andern etwas zurückfordert, was derselbe mit Recht nicht behalten, oder geltend machen kann, ohne sich unbilliger Weise mit

 unserm

6) Wenn Westphal in seinen Rechtsgutachten 1. Th. h. t. §. 1. S. 80. sagt: „*Condictio sine causa* wird gebraucht, wo der andere Theil mit unserm Schaden sich bereichern würde, wenn er uns nicht entschädigte, ob er gleich von Anfange das Eigenthum unserer Sachen erlangt, welches er aber entweder schon da mit unserm Schaden zum unbilligen Gewinn gehabt, oder wenigstens in der Folge dergestalt behalten würde; so fehlt es diesem Begriff, so wie den meisten, an gehöriger Präcision. Unrichtig aber ist es, wenn LAUTERBACH in Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 2. sagt: Est autem *Condictio sine causa* actio personalis, qua quis repetit *rem ad se pertinentem*, et apud alium sine causa existentem, obwohl *Io. Ortw.* WESTENBERG de caussis obligationum Diss. VII. Cap. 4. §. 1. und MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XVIII. Th. 45. not. α. diesen Begriff auch zu dem ihrigen gemacht haben.

unserm Schaden zu bereichern. Diese theilt man denn in condictionem sine causa *generalem* und *specialem* ein, sofern sie entweder mit andern Condictionen concurrirt, oder in einem solchen Falle angestellt wird, wo sonst keine der übrigen Condictionen Statt findet [7]). Die Stellen, welche hierher gehören, lauten so.

L. 1. pr. D. h. t. Est et haec species condictionis, si quis *sine causa* promiserit, vel si solverit quis *indebitum.* Qui autem promisit *sine causa*, condicere quantitatem non potest, quam non dedit: sed ipsam obligationem.

Allein hier ist eigentlich von der *condictione indebiti* die Rede. Daß der Empfänger das ihm aus Irrthum Gegebene sine causa besitzt, ist außer Zweifel; daß aber die *Condictio sine causa* deswegen Statt finde, wird nicht gesagt.

L. 1. §. 1. D. eodem. Sed et si ob causam promisit, *causa tamen secuta non est*, dicendum est, *condictionem* locum habere.

Hier ist von der *condictione causa data causa non secuta* die Rede.

L. 1. §. 2. D. eod. Sive ab initio *sine causa* promissum est, sive fuit *causa promittendi*, quae *finita*, vel *secuta non est*, dicendum est, *condictioni* locum fore.

Diese

7) S. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 1. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4002. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 489. Schmidt im Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. Band §. 1374.

Diese Stelle paßt auf alle bisher genannte Arten der Condictionen; aber auch auf die condictio sine causa. Eben so auch

L. 1. §. 3. *D. eodem.* Constat id demum posse condici alicui, quod vel *non ex iusta causa* ad eum pervenit, vel redit ad *non iustam causam.*

Die *Condictio sine causa* findet nun besonders in folgenden drey Fällen Statt.

I. Wenn das Geschäft, wodurch der Beklagte dasjenige, was von ihm zurückgefordert wird, erhielt, an sich nichtig ist, und daher von Anfang an kein gültiger Rechtsgrund vorhanden war. Es wird jedoch vorausgesetzt,

1) daß dem Kläger nicht der Einwand entgegen stehe, er habe wissentlich wider die Gesetze gezahlt, oder die Sache freywillig dem Beklagten übergeben [8]). Denn hier kann man eigentlich das Gegebene von dem Empfänger nicht zurückfordern, wenn nicht gesetzliche Vorschriften in einzelnen Fällen eine Ausnahme machen [9]). Hierher gehören folgende Fälle.

a) Wenn der Beklagte das, was von ihm zurückgefordert wird, durch ein verbotenes Spiel erhielt. Eine besondere *Condictio ex L.* 3. *Cod. de aleator.* hier anzunehmen

8) *L. 18. pr. D. de reb. cred.* S. THIBAUT Syst. des P. R. 2 B. §. 986.

9) S. Webers syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 75—77. THIBAUT Syst. 1. B. §. 82. Ich habe davon in dem vorigen Titel §. 834. S. 124. ff. ausführlicher gehandelt.

nehmen, wie viele [10]) wollen, ist darum nicht nöthig, weil es in dem Gesetz heißt: *et competentibus actionibus repetatur.* Eine andere Condiction, als die *condictio sine causa*, aber läßt sich nicht füglich anwenden [11]). Denn der *condictioni indebiti* würde entgegen stehen, daß das Spielgeld wissentlich und nicht aus einem Irrthum gegeben worden. Nun sagt **Pomponius** *L. 50 D. de cond. indeb.* Quod quis sciens indebitum dedit, hac mente, ut postea repeteret, repetere non potest. Die *condictio ob turpem vel iniustam causam* aber kann darum nicht Statt finden, weil diese nach *L. 8. D. de cond. ob turp. caus.* wegfällt, si et dantis et accipientis turpis causa sit [12]).

b) Wenn ein Heyrathsgut in einem solchen Falle gegeben worden, wo die Ehe durchaus nichtig ist. Denn zwischen Personen, denen die Gesetze die Ehe schlechterdings verbieten, kann natürlich das Versprechen eines Brautschatzes nicht verbindlich seyn. Aus eben dem Grunde sollte denn aber auch die Zurückforderung des Gegebenen, den Fall des Irrthums abgerechnet, nicht Statt finden. Allein die Gesetze machen auch hier eine Ausnahme, und gestatten eine Condictio sine causa. Merkwürdig ist folgendes Gutachten des **Papinian.**

L ult.

10) S. *Io. Lud.* LANGGUTH Exercitat. super usu condictionis lusu perditi ex L. ult. Cod. de aleator. *Lipsiae 1762.* und *Christ. Frid.* POHL Progr. de condictione lusu perditi ex L. ult. C. de Aleator. zu *Gust. Bened. Henr.* HAENSEL Diss. inaug. de natura delictorum. *Lipsiae 1809.*

11) S. Weber zu Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen u. Einreden. §. 1374. not. m. S. 948.

12) Vergl. POHL cit. Progr. p. 11. und Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 77. S. 333.

L. ult. D. h. t. Avunculo nuptura, pecuniam in dotem dedit, neque nupſit: an eandem repetere poſſit, quaeſitum eſt? Dixi, cum ob turpem cauſam dantis et accipientis pecunia numeretur, ceſſare condictionem; et in delicto pari potiorem eſſe poſſeſſorem: quam rationem fortaſſis aliquem ſecutum reſpondere, non habituram mulierem condictionem. Sed recte defendi, *non tam turpem cauſam in propoſito, quam nullam fuiſſe: cum pecunia, quae daretur, in dotem converti nequiret.* Non enim ſtupri, ſed matrimonii gratia datam eſſe.

§. 1. Noverca privigno, nurus ſocero pecuniam dotis nomine dedit, neque nupſit. Ceſſare condictio prima facie videtur, quoniam iure gentium inceſtum committitur: *atquin vel magis in ea ſpecie nulla cauſa dotis dandae fuit. Condictio igitur competit* [13]).

Es

13) THOMASIUS in Schol. ad HUBERI Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. glaubt, Papinian rede hier nicht von der condictione ſine cauſa, ſondern von der condictione ob turpem cauſam. Allein man erwäge nur Papinians Gründe, ſo widerlegt ſich dieſe Meinung von ſelbſt. Sehr treffend hat ſie Huber abgefertiget, wenn er in ſeiner *Reſponſio* ſagt: Ponamus in conſpectu petitionem mulieris. Si condictionem ex turpi cauſa moveat, hoc modo agere debet: *Quando tibi avunculo ſeu vitrico meo dedi dotem, et matrimonium inter nos turpe foret, peto ut reddas, quod turpiter accepiſti.* Valde fallor, ſi PAPINIANUS non neget, hoc modo agi poſſe. Vult in hunc modum agi: *Quando tibi vitrico dotem dedi, et matrimonium inter nos ſequi non poteſt, ac ideo dos ſine cauſa penes te reſidet, peto, ut eam mihi reſtituas,* — Non poteſt mulier ſano iuris ſenſu turpitudinem dationis urgere contra accipientem, et ab

ſe

Es würde in der That etwas leichtes seyn, mit Papinians Argument die ganze Vorschrift der Gesetze, welche in Fällen, wo beyde Theile einen verbotenen Zweck vorhaben, die Zurückforderung verwirft, und welche hier Papinian selbst als einen Zweifelsgrund anführt, in der Anwendung zu vereiteln, wenn es nur darauf ankommt, den nächsten Zweck des Gegebenen bloß als nichtig darzustellen [14]). Allein gerade dies muß uns lehren, daß seine Entscheidung nur auf den einzelnen Fall, wovon er redet, als Ausnahme einzuschränken sey, ausserdem aber es bey der gedachten Regel bleiben müsse, wie auch **Weber** [15]) hierbey sehr gründlich bemerkt hat.

c) Wenn Personen, welche unter der Vormundschaft stehen, und daher nicht die Fähigkeit haben, über das Ihrige eigenmächtig zu disponiren, als Pupillen, Minderjährige, gerichtlich erklärte Verschwender u. dgl. ohne vormundschaftliche Einwilligung contrahirt, und bezahlt haben. In his personis, sagt **Ulpian** *L.* 29. *D. de condict. indeb.* generaliter repetitioni locum esse, non ambigitur.

2) Wird

se amoliri turpitudinem, quae iuri gentium repugnat, ut PAPINIANUS ait in *§. 1. L. ult.*

14) Man hat mit Recht dagegen eingewendet, daß der Grund, womit Papinian hier die Zulässigkeit der condictio sine causa rechtfertigen will, zu viel beweise, und daß sein Zweifelsgrund stärker als der Entscheidungsgrund sey. Man sehe jedoch *Ulr.* HUBER Eunom. Roman. ad L. 5. D. h. t. pag. 527. welcher den röm. Juristen vertheidiget, und die Entscheidung desselben noch durch andere Gründe zu unterstützen gesucht hat. Sie beziehen sich indessen auch nur auf den besondern Fall, von dem Papinian redet.

15) Von der natürlichen Verbindlichkeit §. 77. S. 334. f.

2) Wird zur Begründung der condictio sine causa erfordert, daß die Sache nicht mehr in Natur vorhanden sey, und daher wegen des erloschenen Eigenthums nicht vindicirt werden könne. Denn der Eigenthümer kann seine Sache, außer dem Fall, da sie ihm gestohlen worden, nicht condiciren [16]). Nun ist hier das Eigenthum, aus Mangel eines gültigen Rechtstitels, nicht auf den Empfänger der Sache übergegangen [17]). Ist aber die Sache nicht mehr vorhanden, so ist sie entweder bey dem Empfänger durch Zufall zu Grunde gegangen, oder er hat sie consumirt. Im ersten Falle findet gegen den Empfänger keine Klage weiter Statt. Denn die Gefahr muß derjenige Theil tragen, bey dem das Eigenthum verblieben ist [18]). Nur in dem letzten Falle ist daher die condictio sine causa begründet. Jedoch setzt diese Klage

3) noch voraus, daß der Beklagte das Empfangene bona fide consumirt habe. Denn ist die Consumtion mala fide geschehen, so findet eigentlich die *condictio ob iniustam causam* [19]), oder die *actio ad exhibendum* Statt, mit welcher zugleich alles durch den Eid des Klägers auszumittelnde Interesse gefordert werden kann [20]). Der Unterschied zwischen beyden Fällen besteht vorzüglich darin, daß in

16) *L. ult. in fin. D. Usufruct. quemadmod. caveat.*

17) *L. 48. D. de donat. int. vir. et uxor.* Quae iam nuptae maritus donavit, *viri manent*, et potest ea vindicare.

18) *L. 28. pr. L. 50. §. 1. D. eodem.*

19) *L. 3. Cod. de Condict. ex Lege.* S. oben §. 826. S. 68.

20) S. *L. 3. §. 2. D. ad exhibend.* BOEHMERI Doct. de Actionib. Sect. II. Cap. V. §. 32. und Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 5. Th. §. 1374.

in dem erstern der Beklagte nur soweit haftet, als er durch die Consumtion sich noch reicher befindet, in dem letztern aber schlechterdings [21]). Folgende Gesetzstellen werden das Gesagte hinlänglich bestätigen.

L. 23. D. de rebus credit. Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim, et vendiderim: *mortuo eo, posse te mihi pretium condicere*, IULIANUS ait, *quasi ex re tua locupletior factus sim.*

Es wird hier von den Auslegern [22]) ein solcher Fall angenommen, wo eine Sache per vindicationem war legirt worden. Hier gieng das Eigenthum nach dem Tode des Testirers recta via auf den wahren Legatar über, auch ohne dessen Wissen [23]). Es konnte also auf mich nicht übertragen werden. Denn der gute Glaube allein, als ob mir die Sache vermacht sey, konnte mich ohne einen gültigen Rechtstitel nicht zum Eigenthümer machen. So lange ich indessen die Sache im Besitz hatte, konnte sie der Erbe mit der condictione indebiti zurückfordern, zwar nicht mit der condictione certi, weil das Eigenthum nicht auf mich war

21) PRAGEMANN cit. Diss. de condict. sine causa fundamento §. 13. sqq. und mit ihm Schmidt im Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 1378. am Ende verwerffen zwar diesen Unterschied. Allein mit welchem Recht? werden die oben angeführten Gesetzstellen ausweisen.

22) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pandect. ad L. 23. D. de reb. credit. *Em.* MERILLII Comm. ad Tit. Pand. de reb. credit. ad cit. L. 23. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* T. III. pag. 679.)

23) *L. 80. D. de legat. II. L. 64. D. de furtis. L. 3. §. 2. D. de legat. III.*

war übertragen worden, aber doch mit der condictione incerti, welche in einem solchen Falle, da eine fremde Sache indebite gegeben worden ist, nach der Lehre des Paulus *L. 15. §. 1. D. de condict. indeb.* auf Restitution des Besitzes geht. Allein ich hatte die Sache verkauft. Gegen den dritten Besitzer hat die Condictio indebiti nicht Statt, sondern hier kommt es darauf an, ob die Sache noch vorhanden ist, oder nicht. Im ersten Falle muß sie der wahre Legatar, als sein Eigenthum, vindiciren, und der Käufer muß ihm die Sache unentgeldlich herausgeben [24]). Gegen mich findet hier kein Anspruch Statt, denn ich habe nicht dolo zu besitzen aufgehört [25]). Nur der Käufer kann im Falle der Entwährung gegen mich seinen Regreß nehmen [26]). In dem letztern Falle hingegen, da die Sache nicht mehr existirt, hafte ich dem Legatar, oder dem Eigenthümer wegen des Werths mit der *condictione sine causa*, soweit ich dadurch bereichert worden bin [27]). Hätte ich die Sache mala fide verkauft, so könnte ich als ein solcher, qui dolo possidere desiit, entweder *actione*

24) *L. 3. L. 23. Cod. de Rei vindicat.*

25) *L. 36. pr. D. de rei vind.*

26) *L. 11. §. 18. D. de act. emti. vend.*

27) Fast alle Ausleger sind darin einverstanden, daß hier die *condictio sine causa* gemeint sey, wenn das Gesetz sagt: *posse te mihi pretium condicere.* S. CUJACIUS Tract. II. ad Africanum ad L. 23. D. de reb. cred. MERILLIUS in Commentar. ad eand. L. 23. (in *Thes. Otton.* T. III. pag. 679.) *Guil.* BARCLAIUS in Comment. ad eand. L. (bey OTTO ib. pag. 877.) Nur *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad L. 23. cit. nimmt hier eine eigene *condictio ex lege* an, wozu aber kein hinlänglicher Grund vorhanden ist.

actione in rem utili, oder *ad exhibendum* auf Leistung des vollen, durch das iuramentum in litem zu bestimmenden Interesse, belangt werden [28]. Hier käme es denn auch nicht weiter darauf an, ich möchte durch den Verkauf der Sache reicher geworden seyn, oder nicht [29].

L. 30. pr. D. de action. emti et vend. Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. Quamvis ea res, quam subripuit, interierit, nihilo minus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait: id est, ipso iure ob id factum minutum esse peculium: eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus. Nam licet, si iam traditus furtum mihi fecisset, aut omnino condictionem eo nomine de peculio non haberem, aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset: tamen in proposito et retentionem me habiturum, et si omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim, posse me condicere. Secundum quae dicendum, si nummos, quos servus iste mihi subripuerat, tu, ignorans furtivos esse, quasi peculiares ademeris, et consumseris, *condictio* eo nomine mihi adversus te competat, *quasi res mea ad te sine causa pervenerit.*

Hier ist der Fall, wo ein Sklave, den Jemand mit dem Pekulium von seinem Herrn gekauft hatte, den Verkäufer,

28) *L. 36. §. 3. D. de heredit. petit. L. 17. L. 27. §. 3. D. de rei vindicat.*

29) S. CUJACIUS Tract. II. ad African. ad L. 23. D. de reb. credit.

käufer, seinen gewesenen Herrn, bestiehlt. Afrikanus, aus dessen *libro* 8. *Quaestionum* dieses Fragment genommen ist, unterscheidet dabey folgende Fälle.

1) Der Diebstahl ist noch vor der Uebergabe geschehen, und dann ist entweder

a) die gestohlne Sache durch Zufall zu Grunde gegangen. Hier konnte sich der Verkäufer,

aa) so lange er das Pecullum des Sklaven in Händen hatte, durch eine Retention helfen. Denn es wird durch diese Schuld das Pekulium ipso iure vermindert, weil ein Pekulium immer nur nach Abzug der Schulden gerechnet werden darf [30]). Ist auch das Gestohlne nicht mehr da, so bleibt doch die Schuld, weil ein Dieb durch den Untergang der Sache nicht von seiner Verbindlichkeit befreyet wird [31]). Denn auch der Sklave ward immer insoweit wenigstens naturaliter aus einem begangenen Diebstahl verbindlich, als die condictio furtiva gegen einen freyen Menschen Statt findet, wenn dieser einen Diebstahl begangen hätte [32]). Hätte jedoch

bb) der Verkäufer den Sklaven mit dem Pekulium übergeben, und aus Versehen den Werth der gestohlnen Sache abzuziehen vergessen, so würde er doch auch noch in

 diesem

30) *L. 6. et 8. D. de peculio legato.*

31) Semper enim moram fur facere videtur. *L. 8. D. de condict. furt.*

32) Dies ist der Sinn der Worte: *eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus*, wie sie POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. Lib. XVIII. Tit. 6. Nr. IV. not. c. pag. 509. erklärt hat.

diesem Falle mit der condictione indebiti das Zuvielgegebene wieder zurückfordern können [33]). Nun setze man aber den Fall,

b) der Käufer habe das von dem gekauften Sklaven gestohlne Geld in gutem Glauben, als zum Pekulium gehörig, angenommen, und consumirt. Hier kann der Verkäufer mit der *condictione sine causa* auf Erstattung desselben klagen, weil es der Käufer ohne allen Rechtsgrund erhielt. Ganz anders verhält sich hingegen die Sache,

2) wenn der Sklave den Diebstahl erst nach der Uebergabe begangen hätte. Hier hat entweder gar keine *actio de peculio*, oder die *condictio furtiva* nur insoweit Statt, als durch das Gestohlne das Pekulium bereichert worden ist. Denn ausserdem fanden aus den Verbrechen der Sklaven keine *actiones de peculio* Statt, wohl aber Noxalklagen [34]).

L. 5. §. ult. D. de donat. inter vir. et uxor. In donationibus autem iure civili impeditis hactenus revoca-

33) Die *L. 51. D. de condict. indeb.* wo Pomponius sagt: Ex quibus caussis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea, si solverimus, repetere non possumus; steht nicht entgegen. Denn hier ist blos von einer Retention die Rede, welche durch Hülfe einer Exception, nicht aber von einer solchen, welche *ipso iure* geschiehet. Die letztere schließt condictionem indebiti nicht aus. *L. 5. §. ult. D. de impens. in res dotal. fact.*

34) Man vergleiche über dieses Fragment *Iac.* CUJACII Tractat. VIII. ad Africanum ad L. 30. D. de action. emti et vend. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 30. cit. und Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht rc. §. 604. S. 455. f.

vocatur donum ab eo, ab eave, cui donatum eſt, ut, ſi quidem exſtet res, *vindicetur*: ſi conſumta ſit, *condicatur* hactenus, *quatenus locupletior quis eorum factus eſt.*

L. 6. D. eodem. Quia, quod ex non conceſſa donatione retinetur, id aut *ſine cauſa*, aut *ex iniuſta cauſa* retineri intelligitur: ex quibus cauſis *condictio* naſci ſolet.

L. 33. §. 1. D. eodem. Si uxor marito annuum [35]) verſa vice praeſtiterit, reſtituetur ei hoc, et poterit *vindicare* id, quod exſtat: credo, poterit et *condicere*, *in quantum locupletior factus eſt*: quia non tam ſolemne eſt annuum, quod maritus uxori pendit, et quod uxor marito praeſtat [36]); immo incongruens eſt, et contra ſexus naturam.

N 3 L. 39.

35) Das *annuum* wird hier als eine Art von Schenkung betrachtet. Eben ſo auch *L. 22. D. de pact. dotal.* Es kann alſo wohl kein bloßer Unterhalt seyn, wie es BRISSONIUS de Verb. Signif v. *Annuum* num. 2. erklärt, weil Ehegatten dazu einander gegenſeitig verbunden ſind. Zwar kann es auch in ſolchen Sachen beſtehen, die ſonſt zum Unterhalt gehören, als *cibaria* und *veſtiaria*. *L. 20. D. de annuis leg.* allein auch in Geld und andern Sachen, die ein Ehegatte dem andern jährlich zu ſchenken verſprochen hat. S. *Corn. van* BYNCKERSHOEK Obſervation. iuris Rom. Lib. V. cap. 18.

36) Einige wollen hier leſen: *quia non tam ſolemne eſt annuum, quod uxor marito pendit, et quod maritus uxori praeſtat.* Z. B. *Scip.* GENTILIS de donationib. inter Vir. et Ux. pag. 201. Allein es iſt hier eine Hyſterologie vorhanden, von welcher wir mehrere Beyſpiele in den Fragmenten der Römiſchen Rechtsgelehr-

L. 39. D. *eodem.* Vir uxori pecuniam cum donare vellet, permiſit ei, ut a debitore ſuo ſtipuletur: illa cum id feciſſet, priusquam pecuniam auferret, divortium fecit. Quaero, utrum vir eam ſummam petere debeat, an ea promiſſione propter donationis cauſam actio nulla eſſet? Reſpondi, inanem fuiſſe eam ſtipulationem. Sed ſi promiſſor mulieri ignorans ſolviſſet, ſi quidem pecunia exſtat, *vindicare* eam debitor poteſt. — Sed ſi pecunia non exſtat, *et mulier locupletior facta eſt* 37), maritus eam *petet*: intelligitur enim ex re mariti locupletior eſſe mulier, quoniam debitor doli mali exceptione ſe tueri poteſt.

L. 16.

gelehrten finden. S. ECKHARDI Hermeut. iuris Lib. I. Cap. III. §. 96. und PÜTTMANNI Interpretat. et Obſervat. iuris Rom. Cap. VII. §. 1.

37) Viele glauben, nur bey Schenkungen unter Ehegatten werde beym Wiederrufe darauf geſehen, ob der Beſchenkte durch die Conſumtion reicher geworden ſey. Dies ſey alſo eine Ausnahme, welche in allen andern nicht ausgenommenen Fällen die Regel beſtätige. Der Grund liege in der Natur einer ſolchen Schenkung, welche nur inſofern nicht gelte, als der Schenkende dadurch ärmer, der Beſchenkte aber reicher geworden iſt. *L.* 5. *§.* 8. *L.* 16. *L.* 25. *D. eod.* Allein wir reden ja hier überhaupt nur von einem ſolchen Falle, wo das Geſchäft, dadurch der Beklagte dasjenige, was von ihm zurückgefordert wird, erhielt, an ſich nichtig iſt, und keinen zur Verjährung geeigenſchafteten Titel giebt. Hierzu kommt, daß es überhaupt bey den Condictionen Grundſatz iſt, daß der bonae fidei poſſeſſor nur inſoweit haftet, als er noch durch das Empfangene bereichert iſt. Nam hoc natura aequum eſt, ſagt Pomponius *L.* 14. *D. de condict. indeb.* neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.

L. 16. Cod. de praed. et aliis reb. minor. Si praedium — in pupillari aetate conſtituta, tutore auctore, vel adulta ſine decreto Praeſidis provinciae, in qua ſitum eſt, venundediſti; *ſecundum ſententiam Senatusconſulti dominium eius*, ſive *ius a te diſcedere non potuit*, ſed *vindicationem* eius et fructuum, vel his non exiſtentibus, *condictionem* competere conſtitit.

Es wird hier ein Rechtsirrthum vorausgeſetzt. Dieſer hindert die Entſtehung eines zur Verjährung erforderlichen Rechtsgrundes [38]). Daher müſſen auch die fructus conſumti reſtituirt werden [39]), die ſonſt der bonae fidei emtor lucrirt [40]).

L. 29. D de condict. indeb. Interdum perſona locum facit repetitioni: utputa ſi pupillus ſine tutoris auctoritate, vel furioſus, vel is, cui bonis interdictum eſt, ſolverit. Nam in his perſonis generaliter repetitioni locum eſſe non ambigitur. Et, ſiquidem exſtant nummi, *vindicabuntur*, conſumtis vero, *condictio* locum habebit [41]).

N 4 II. Die

38) *L. 31. pr. D. de uſurpat. et uſucap.* S. den 4. Th. dieſes Commentars §. 297. S. 143.

39) Aber doch nur ſoweit der Beklagte dadurch ſich reicher befindet. Denn wenn gleich der Rechtsirrthum nichts zur Uſucapion hilft, ſo ſchadet er doch nicht, ſofern von der Reſtitution der Sache und Abwendung eines Schadens die Rede iſt. *L. 8. D. de iuris et facti ignor.* S. den 7. Theil dieſes Commentars §. 567. S. 543.

40) *L. 2. Cod. Si quis ignorans rem minor. eſſe. L. 48. D. de acquir. rer. dom.*

41) Ganz füglich könnte zu dieſer Claſſe von Geſetzen auch die *L. 32. D. de rebus credit.* gerechnet werden, aus welcher man die

II. Die condictio sine causa hat Statt, wenn ich dem Andern eine Sache in der Hoffnung und unter der Bedingung einer Gegenleistung gegeben habe, und diese Leistung nicht erfolgt ist, auch die condictio causa data causa non secuta nicht wohl angestellt werden kann. Afrikan setzt diesen Fall jenem erstern ganz gleich, wenn er *L.* 4. *D. h. t.* sagt: Nihil refert, utrumne ab initio *sine causa* quid datum sit, *an causa*, *propter quam datum sit*, *secuta non sit.* Ein Beyspiel enthält *L.* 4. *Cod. de condictione ex Lege et sine causa*, wo es heißt: Si non est numeratum, quod velut accepturum te sumsisse mutuo scripsisti: et necdum transiisse tempus statutum, vel intra hunc diem habitam contestationem monstrando, *reddi tibi cautionem* Praesidali notione postulare potes [42]). Habe ich also einen Schuldschein in der Hoffnung, ein Anlehn darauf zu erhalten, ausgestellt, und die Auszahlung ist nachher nicht erfolgt; so kann ich den Schuldschein binnen den zwey Jahren, da mir die *exceptio* oder *querela non numeratae pecuniae* zusteht, mit der *condictione sine causa* zurückfordern [43]). Endlich hat

III. die

die sogenannte Inventianische Condiction herleitet. Denn sie ist nichts anders, als eine *Condictio sine causa*, wie BOEHMER in Doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 32. not. k. gezeigt hat. Ich habe davon schon an einem andern Orte (Th. 12. S. 23. f.) gehandelt.

42) Man vergleiche noch *L.* 7. *Cod. de non numerata pecun.*

43) Einige glauben, es finde hier die *condictio causa data causa non secuta* Statt. Z. B. *Ant.* FABER in Rational. in Dig. ad L. 1. §. 1. D. h. t. und PRAGEMANN Diss. cit. §. 4. Allein man sehe BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XXII. Th. 11.

VOET

III. die *condictio ſine cauſa* Statt, wenn der rechtliche Grund, warum dem Beklagten etwas gegeben wurde, in der Folge wieder aufgehört hat, ſo daß er das Empfangene mit Recht nicht zurückbehalten kann. Pomponius ſagt *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* Si fuit cauſa promittendi, *quae finita eſt*, dicendum eſt, condictioni locum fore; und wenn es gleich darauf §. 3. heißt: Conſtat, id demum poſſe condici alicui, quod vel *non ex iuſta cauſa* ad eum pervenit, vel *redit ad non iuſtam cauſam*; ſo ſind darunter alle drey Fälle begriffen, in welchen die *condictio ſine cauſa* begründet iſt. Insbeſondere gehören aber zu dieſem dritten Hauptfall noch folgende Geſetzſtellen.

L. 2. *D. h. t.* Si fullo veſtimenta lavanda conduxerit, deinde, amiſſis eis, domino pretium, ex locato conventus, praeſtiterit, poſteaque dominus invenerit veſtimenta: qua actione debeat conſequi pretium, quod dedit? Et ait *Caſſius*, eum non ſolum ex conducto agere, verum condicere domino poſſe. Ego puto, *ex conducto* omnimodo eum habere *actionem.* An autem et *condicere* poſſit; quaeſitum eſt? quia non indebitum dedit. Niſi forte, *quaſi ſine cauſa datum*, putamus condici poſſe: etenim veſtimentis inventis, quaſi *ſine cauſa* datum videtur.

Hier iſt der Fall, da ein Römer ſeine Toga einem Fullo[44]) zu waſchen gegeben hatte, welche dieſer durch ſeine Un-

VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. und PEREZ Praelect. in Cod. Lib. IV. Tit. IX. nr. 4. et Tit. XXX. nr. 14. in fin.

44) *Fullo* hieß bey den Römern derjenige, welcher die Kunſt verſtand, durch Kreide und Schwefel die Togas der Römer glän-

achtsamkeit entwenden ließ. Der Eigenthümer klagte actione locati gegen ihn, und der Fullo mußte ihm das Kleid bezahlen [45]). Hier erhielt also der Eigenthümer den Werth seines Kleides von Rechts wegen. Zufälliger Weise bekam jedoch nachher der Eigenthümer das Kleid in Natur wieder. Von nun an besaß er das dafür erhaltene Geld sine causa, wenn es ihm gleich rechtskräftig war zugesprochen worden. Fuit quidem causa, propter quam daretur, sagt Pothier [46]), sed haec causa finita est, ex quo locator sua vestimenta recuperavit. Der Fullo konnte also den bezahlten Werth mit Recht zurückfordern. Allein mit welcher Klage? Cassius sagt, er könne *actione conducti* klagen, er könne sich aber auch einer Condiction bedienen. In Absicht auf die erste Klage giebt ihm Pomponius recht. Denn die Klage aus einem bone fidei Contracte geht auf alles, was in Ansehung dieses Contracts die Billigkeit erfordert, wenn auch gleich vorher

glänzend weis zu machen. S. FERRARIUS de re vestiaria P. II. Lib. IV. Cap. 13. und besonders *Christoph.* COLERUS Parergor. Cap. 14. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. I. pag. 367. sq.) Von ihnen brauchte man eigentlich die Ausdrücke polire et curare vestimenta. *§. 1. I. de locatione. L. 12. D. de furtis.* Nur hier braucht Pomponius den Ausdruck *lavare*, welcher sonst nirgends vorkommt. Daher will *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pand. Lib. XII. §. 6. statt lavanda lieber *laevanda* lesen. *Laevare* ist aber eben soviel als polire. S. STATIUS *Thebaid.* I. 518. et ad Eundem BARTHIUS in Glossis.

45) *L. 12. pr. D. de furt.* sagt: Fullo, qui curanda polienda vestimenta accepit, *praestare custodiam debet.*

46) Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. III. not. d.

vorher davon keine Rede war [47]). Nun kann nach Recht und Billigkeit der Eigenthümer nicht Werth und Sache zugleich behalten. Nur wegen der Condiction schien dem Pomponius die Meinung des Cassius noch einer genauern Bestimmung zu bedürfen. Die condictio indebiti konnte er freylich nicht gemeint haben. Denn man kann eigentlich nicht sagen, der Eigenthümer habe eine Nichtschuld empfangen. Nun sieht man aber bey dieser Klage auf die Zeit der Zahlung. Allein zu dieser Zeit war die Forderung des Eigenthümers vollkommen gegründet. Es ist also nach der Auslegung des Pomponius keine andere, als die *condictio sine causa* zu verstehen. Denn wer diese anstellt, sagt nicht, er habe eine Nichtschuld bezahlt, sondern der Beklagte besitze das, was er zurückgeben soll, sine causa; sey es nun, daß gleich anfangs kein rechtsgültiger Grund, warum er es empfieng, vorhanden war, oder daß die Ursache, warum er etwas mit Recht erhielt, jetzt aufgehört habe. Mit Recht sagt daher Anton Faber [48]): *Condictio indebiti* respicit tempus präeteritum factae solutionis, *condictio* autem *sine causa* tempus praesens propositae actionis. Nihil ergo prohibet, etiam *post rem de pretio solvendo iudicatam* dari actionem fulloni ad restitutionem pretii per huiusmodi condictionem *sine causa*, tanquam quae nullo modo iudicatum impugnet non magis, quam actio ex conducto. Wir haben also hier ein merkwürdiges Beyspiel, wo die condictio sine causa mit einer actione ex contractu concurrirt, jedoch findet zwischen beyden Klagen der Unterschied statt, daß die erstere blos auf

47) *§. 30. I. de actionib.*

48) Rational. in Pand. ad h. L. 2. h. t.

auf Zurückgabe des für die Sache gegebenen Werths, die letztere aber alternativisch dahin zu richten ist, daß der Beklagte dem Kläger entweder die Sache aushändige, oder die dafür geleistete Aestimation zurückgebe [49]). Ein anders Beyspiel enthält folgendes Fragment.

L. 11. §. 6. D. de actionib. emti et vend. Ego illud quaero, si anulus datus sit *arrhae nomine*, et secuta emtione, pretioque numerato, et tradita re, anulus non reddatur, qua actione agendum est: utrum *condicatur*, quasi ob causam datus sit, *et causa finita sit*; an vero *ex emto* agendum sit? Et IULIANUS diceret, *ex emto* agi posse: certe etiam *condici* poterit, quia iam *sine causa* apud venditorem est anulus.

Ist bey Schließung eines Kaufs eine arrha gegeben, und nachher der Contract von beyden Theilen erfüllt worden, so muß die arrha zurückgegeben werden. Wie aber wenn es nicht geschehen ist? Was findet deswegen für eine Klage Statt? **Julian** meinte, die *actio emti*. Allein **Ulpian** lehrt hier, daß auch *condictione sine causa* geklagt werden könne. Beyde Klagen finden Statt. Die Klage aus dem Contract. Omnia enim, sagt **Ulpian** an einem andern Orte [50]), quae contra bonam fidem fiunt, veniunt in emti actionem. Aber auch die Condiction. Denn das Eigenthum der arrha war auf den Empfänger derselben übergegangen. Ex arrharum datione, sagt **Anton Faber** [51]), transfertur dominium in accipientem, si modo

49) Arg. *L. 17. §. 5. D. Commodati.* S. auch *Ant.* FABER in Rational. ad L. 2. h. t.

50) *L. 1. § 1. D. de act. emti et vend.*

51) Rational. in Pand. ad L. 11. §. 6. D. de act emti et vend.

modo arrhae dominus fuit is, qui dedit; hoc ipsum enim est, quod significat *arrhae datio*, scilicet dominii translationem [52]). Allein die Erfüllung des Contracts hob die Ursache auf, warum die arrha war gegeben worden. Beyde Klagen gehen aber hier nur auf Zurückgabe derselben. Eine gleiche Concurrenz der condictio sine causa mit der Contractsklage läßt sich mit Voet [53]) auch in dem Falle annehmen, von welchem Ulpian in folgendem Fragment handelt.

L. 19. §. 6. D. Locati. Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit, vel incendio consumta sit, pensionem residui temporis, rectissime MELA scripsit, *ex conducto actione* repetiturum: non quasi indebitum condicturum. Non enim per errorem dedit plus, sed ut sibi in causam conductionis proficeret: aliter atque si quis, cum decem conduxisset, quindecim solverit: hic enim, si per errorem solvit, dum putat, se quindecim conduxisse, actionem ex conducto non habebit, sed solam condictionem. Nam inter eum, qui per errorem solvit, et eum, qui pensionem integram prorogavit [54]), multum interest.

Daß

52) *L. 75. §. ult. D. de Verbor. obligat. L. 167. pr. D. de div. reg. iuris.* S. auch PESTEL Diss. de arrha contractibus vulgo adiici solita §. 14. et 15.

53) Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

54) Haloander, Baudoza, und andere, lesen *praerogavit*. Dieses *praerogare* aber ist soviel als *praeerogare*, vorausbezahlen. In den *Basilicis* Tom. II. pag. 424. heißt es: *ἐν προχρεία δεδωκέναι*: *in prousu dare.* Diese Leseart vertheidigt auch

Daß die *condictio indebiti* nicht begründet ist, wenn das Miethgeld für die ganze Miethzeit voraus bezahlt worden, und dann vor Ablauf derselben das gemiethete Haus (insula [55]) abbrennt, hätte hier des weitläuftigen Beweises nicht bedurft. Auffallend aber ist es, daß der *condicio sine causa* nicht gedacht wird, welche doch hier so gut, wie die Contractsklage, Statt findet. Allein in folgenden Fällen findet ob causam finitam blos die *Condictio sine causa* Statt.

L. 50. D. de iure dotium. Quae fundum in dote habebat, divortio facto, quum in matrimonium rediret, pacta est cum viro, ut decem in dotem acciperet, et fundum sibi restitueret: ac datis decem, priusquam fundus ei restitueretur, in matrimonio decessit. Illud ex bona fide est, et negotio contracto convenit; *ut fundus quasi sine causa penes maritum esse coeperit, condicatur.*

Es war hier bey Wiedererneuerung der Ehe nach erfolgtem Divortium zwischen den Ehegatten die Uebereinkunft getroffen worden, daß statt des in die erste Ehe eingebrachten Grundstücks ein Heyrathsgut in Gelde gegeben, und dagegen das Grundstück zurückgegeben werden sollte. Das

auch *Christ. Gottl.* HAUBOLD in Disp. de Fabio Mela ICto. *Lipsiae 1806.* §. 16. Allein für die florentinische Leseart streitet *Iac.* CURTIUS Ἐικαςῶν iuris civ. Lib. II. cap. 33 (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. V. pag. 195.) Der Ausdruck *prorogare* kommt auch *L. 20. Cod. de Decur.* vor. Unser Erlanger Pandecten-Codex lieset gleichfalls *prorogavit.*

55) Vid. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Insula.* und GESNER in Thes. L. L. h. v.

Das Geld wurde dem Manne auch wirklich ausbezahlt. Allein die Ehefrau starb bald darauf in der neuen Ehe, ehe noch der Fundus war restituirt worden. Es fragte sich nun, welche Klage hier wegen des Grundstücks anzustellen sey? Die sonst gewöhnliche actio de dote konnte hier nicht Statt finden, wenn gleich Cujaz [56]) es glaubt. Denn der Fundus hatte wegen der getroffenen Uebereinkunft aufgehört ein dos zu seyn. Causa dotis war also, wie Pothier [57]) hier ganz richtig bemerkt, finita, cum alia res vice eius fundi sit doti data. Von dieser Zeit an besaß also der Ehemann das Grundstück sine causa. Es blieb folglich den Erben der Frau kein anders Rechtsmittel übrig, als die Condiction.

L. 2. Cod. de condict. ex Lege. Dissolutae quantitatis retentum iustrumentum, inefficax penes creditorem remanere, et ideo per *condictionem* reddi oportere, non est ambigui iuris.

Daß die *condictio sine causa* Statt habe, wenn der Schuldschein nach erfolgter Heimzahlung des Darlehns aus den Händen des Gläubigers zurückgefordert wird, hat gar keinen Zweifel. Denn das Eigenthum war auf den Gläubiger übertragen. Die Ursach desselben hat aber durch Bezahlung der Schuld aufgehört. Daher sagt auch *L. ult. Cod. de Solut.* Solutionem asseveranti probationis onus incumbit: quo facto, *chirographum condicere potest.*

Noch

56) Tract. VIII. ad Africanum ad h. L. 50.

57) Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. III. not. e.

Noch einige andere Fälle kann man in *L. 11. D. de appellat. et relat.* und *L. 2. et 3. Cod. de donat. quae sub modo.* finden [58]).

In allen diesen Fällen nun, wo der Beklagte die Sache zwar anfangs aus einer gerechten Ursache erhielt, welche aber nachher entweder nicht erfolgt ist, oder wieder aufgehört hat, kann die Reivindication nie angestellt werden, wenn gleich die Sache noch in Natur vorhanden ist, weil hier das Eigenthum derselben auf den Empfänger, vermöge des gerechten Titels, überging. Es kann also hier immer nur eine persönliche Klage Statt finden, welches bey entstandenem Concurs von großer Wichtigkeit ist. [59]).

Aus allem ergiebt sich übrigens, daß die Condictio sine causa ihrem Gegenstande nach von zweyerley Art seyn könne, entweder *condictio certi*, wenn sie eine bestimmte Summe, oder eine individuelle Sache, und *incerti*, wenn sie die Befreyung von einer Verbindlichkeit, oder einen Besitz oder sonst etwas Unbestimmtes zum Gegenstande hat [60]). Ein Beyspiel von der letztern enthält die *L. 3. D. h. t.* wo **Julian** *lib. 8. Digestor.* sagt: Qui *sine causa* obligantur, *incerti condictione* consequi possunt, ut liberentur: nec refert, omnem quis obligationem sine causa suscipiat, an maiorem, quam suscipere eum oportuerit,

58) S. ELERS oder PRAGEMANN Diss. cit. de condictionis sine causa fundamento §. 10.

59) S. BOEHMERI Doctr. de Actionib. Sect. II. cap. 5. §. 32.

60) STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 48. und MÜLLER ad Eundem not. α).

tuerit; nisi quod alias condictione id agitur, ut omni obligatione liberetur, alias, ut exoneretur; veluti qui decem promisit: nam, si quidem nullam causam promittendi habuit, *incerti condictione* consequitur, ut tota stipulatio accepta fiat; at si, cum quinque promittere deberet, decem promisit, incerti condictione consequetur, ut in quinque liberetur.

Mit allen bisherigen Condictionen hat übrigens die Condictio sine causa gemein, daß sie zwar auf Früchte und Accessionen der Sache, aber nicht auf Zinsen gerichtet werden kann [61]). Auch ist hier der Grund der Billigkeit der nämliche, wie bey den übrigen Condictionen [62]). Afrikan [63]) sagt es ausdrücklich, die condictio sine causa sey *ex bonâ fide*, d. i. sie gründe sich auf natürliche Billigkeit. Iure naturae autem aequum est, sagt Pomponius [64]), neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem; und Celsus [65]) setzt den Grund der Klage blos darin: quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi, *bonum et aequum est*. Zwar wollen die meisten Rechtsgelehrten [66]) den Grund der Klage in einem Quasi-

61) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 2. und LAUTERBACH Coll. Pand. th. pr. h. t. §. 7.

62) S. MEIER Colleg. argentorat. h. t. §. 1.

63) *L. 50. pr. D. de iure dot.*

64) *L. 206. D. de div. reg. iuris.*

65) *L. 32. D. de rebus credit.*

66) BOECKELMANN Comm. ad Pand. h. t. §. 3. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 46. ECKHOLT Compendiar. Pand. Tractat. h. t. §. un. u. a. m.

Quasi-Contract setzen. Dieser soll die acceptio sine causa seyn. Allein mit Recht haben andere [67]) diese Meinung verworfen, und sehr gründlich erklärt sich darüber **Johann Ortwin Westenberg** [68]), wenn er sagt: Negotium, ex quo hic actio nascitur, nulli ex contractibus est simile, neque usquam inter quasi contractus refertur; plurimum etiam inter hoc et condictionem indebiti interest, ut eius exemplo hic quasi contractus constitui nequeat. Aequissimum tamen est, ut res nostra, quae apud alium est sine causa, nobis restituatur, adeoque causa huius actionis extraordinaria statuenda, et ad varias causarum figuras referenda est.

67) S. SUENDENDOERFFER ad *Eckholtum* c. l. pag. 374.

68) De causis obligationum Dissertat. VII. Cap. IV. §. 7. et 8.

Lib. XIII. Tit. I.

De condictione furtiva.

§. 837.

Mancherley Rechtsmittel, welche dem Bestohlnen zustehen. Vorzüge der condictio furtiva.

Die *condictio furtiva* hat unter allen das Auszeichnende, daß sie dem Eigenthümer zusteht. Dieses streitet eigentlich ganz gegen die Natur der Condictionen, deren Formel auf ein *dare oportere* lautet [69]). Das *dare* aber setzt immer voraus, daß die Sache nicht schon das Eigenthum dessen sey, der sie fordert. Nec enim, quod actoris est, id ei dari oportet, sagt Justinian. Es fragt sich also, was veranlaßte die römischen Gesetzgeber diese Klage einzuführen, und ihr eine so auszeichnende Eigenschaft beyzulegen? Einem Bestohlnen stehen zwar freilich schon manche andere Rechtsmittel zu Gebote, wodurch er das ihm Entwendete, ja noch mehr, als dieses, wieder erhalten kann [70]). Er kann sich nämlich der Reivindication bedienen, welche nicht nur gegen

 den

69) *§. 14. I. de actionib.*

70) S. *Ant.* MATTHAEUS de criminib. ad Lib. XLVII. Dig. Tit. 1. Cap. 4. nr. 1. und *Em.* MERILLIUS in Commentar. ad §. 14. I. de actionib. p. 474.

den Besitzer, sondern utiliter auch gegen denjenigen Statt findet, qui dolo possidere desiit [71]); ja sogar der dritte unschuldige Besitzer muß die Sache dem Eigenthümer unentgeldlich herausgeben [72]). Er kann ferner mit gleicher Wirkung auch *actione ad exhibendum* klagen. **Ulpian** sagt dieß selbst *L. 7. §. 1. in fin. D. h. t.* Is, cui furtum factum est, habet et *vindicationem*, habet et *ad exhibendum actionem.* Ist der Diebstahl in einem Contract an dem Gegenstande desselben begangen worden, so steht dem Bestohlnen auch die *actio ex contractu* zu. So sagt **Javolen** *L. 71. D. de furtis.* Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit: agi cum eo et *furti*, et *commodati* potest: et si furti actum est, *commodati actio* extinguitur. Außer diesen Klagen, welche blos persecutorische sind, hat dann noch eine Pönalklage Statt, nämlich die *actio furti*, welche bald auf das Vierfache, bald auf das Doppelte geht, je nachdem sie gegen einen ertappten, oder nicht ertappten Dieb angestellt wird [73]). Dem allen ungeachtet schien eine neue Klage nicht überflüßig zu seyn. **Justinian** sagt *§. 14. I. de action.* Plane odio furum, *quo magis pluribus actionibus teneantur*, effectum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli, *rei recipiendae nomine* fures etiam hac actione teneantur: *Si appareat eos dare oportere:* quamvis sit adversus eos etiam *in rem actio*, per quam rem suam quis esse petit. Allein eigent-

71) *L. 27. §. 3. de rei vindicat.*

72) *L. 2. C. de furt. L. 3.* und *L. 23. C. de Rei vindic.* S. Carl Aug. Tittmanns Handbuch des gemeinen teutsch. peinlichen Rechts 3. Th. §. 442.

73) *§. ult. I. de obligat. quae ex delicto nasc.*

eigentlich ist zum Besten des bestohlnen Eigenthümers die *condictio furtiva* eingeführt worden, um ihn auf jeden Fall zu decken, wenn die ihm zustehenden übrigen Rechtsmittel nicht anwendbar seyn sollten. Denn die Reivindication, so wie die *actio ad exhibendum* setzt voraus, daß die Sache noch in Natur vorhanden sey, oder der Dieb sie dolo malo zu besitzen aufgehört habe. Allein die condictio furtiva findet Statt, wenn gleich der Dieb die Sache nicht mehr besitzt, noch dolo sich des Besitzes entäußert hat [74]). Der Kläger hat hier ferner den schwierigen Beweis des Eigenthums nicht, welcher oft die Reivindication unwirksam macht. Der bloße Beweiß der wirklich geschehenen Entwendung wird bey dieser Condiction für hinreichend gehalten, wofern nur nicht mehrere über das Eigenthum der gestohlnen Sache streiten [75]). Denn wo niemand der Forderung des Bestohlnen widerspricht, kommt ihm billig die Vermuthung zu statten, welche für den Besitzer streitet [76]). Ja der Dieb haftet mit dieser Klage auch sogar dann, wenn die gestohlne Sache durch einen natürlichen Zufall zu Grunde gegangen seyn sollte, der dieselbe vielleicht auch bey dem Eigenthümer selbst betroffen

74) *§. ult. I. cit. de oblig. quae ex delict.* Der Diebstahl selbst läßt sich zwar ohne einen Dolus nie gedenken, wohl aber, daß der Dieb den Besitz der gestohlnen Sache sine dolo verlohren habe. S. VINNIUS in Comm. ad §. 14. I. de actionib. nr. 3.

75) WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 78. von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 384. und BOEHMER in Doctr. de Actionib. Sect. II. cap. 5. §. 36. not. q.

76) S. *Io. Sam. Fried. de* BOEHMER Meditation. in constitut. crim. carolin. Art. CCVII. §. 2. pag. 928.

haben würde [77]); worauf doch die Reivindication auch nicht einmal gegen einen malae fidei possessorem geht [78]). Hieraus erklärt sich nun zugleich, wenn Justinian sagt: Plane *odio furum* effectum esse, ut rei recipiendae nomine fures etiam *hac actione* teneantur [79]). Endlich die *actio furti* geht nicht auf Restitution der Sache, sondern bloß auf eine Privatstrafe, und hat gegen die Erben des Diebes nicht Statt [80]). Allein durch die *condictio furtiva* kann der Bestohlne nicht nur ohne Schwierigkeit seine Sache selbst wieder erhalten, sondern er kann auch deshalb gegen die unschuldigen Erben des Diebes klagen, welche ebenfalls wegen des Diebstahls zum Ersatz verbunden sind [81]). Nun läßt sich auch ganz wohl das Räthsel erklären, warum man dem Eigenthümer ganz gegen den eigentlichen Sinn der Formel *dare oportere* eine Condiction zu geben veranlaßt wurde. Man mußte nämlich hier der Billigkeit wegen, zum Besten des Bestohlnen, eine Ausnahme von der Regel machen, weil sonst derjenige, dem das Eigenthum verblieben ist, übler daran seyn würde, als ein anderer Condicent, welcher sein Eigenthum auf den

77) *L. ult. D. h. t. L. 1. §. 34. D. de vi et vi armat. L. 2. Cod. h. t. Ev.* OTTO in Comm. ad §. 14. I. de actionib. lit. *d.* *Arn.* VINNIUS Comm. ad eund. §. 1. nr. 3. Siehe auch den 4. Th. dieses Commentars §. 327. S. 395.

78) *L. 15. §. 3. L. 16. D. de rei vindicat.* S. den 8. Th. dieses Commentars §. 588. S. 234. ff

79) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 304.

80) §. *ult. I. de obligat. quae ex delicto nasc. L. 7. §. 1. D. h. t. L. 12. Cod. de furtis.*

81) *L. 7. §. 2. D. h. t.*

den Beklagten übertragen hat, wie Cocceji [82]), die Sache ganz richtig ansieht. Der Formel nach ging also die *Condictio furtiva* zwar auf *dare oportere*, wie Bachow [83]) und Wissenbach [84]) nach der Glosse lehren; allein ihrer Wirkung nach doch nur auf Restitution [85]). Nicht ohne Grund behauptet daher auch Voet [86]), daß das Wort *dare* hier nicht in der eigentlichen Bedeutung genommen werde, wenn er sich über das Räthselhafte dieser Condiction auf folgende Art erklärt: Nec est, quod quis existimet, impossibile ea ratione peti, ut nempe non dominus in dominum ipsum dominium transferat, si quidem *datio* tunc latius et sensu improprio accipiatur, non pro actu, quo dominium transit, sed *pro quali quali possessionis translatione*; eo modo, quo traditio dicitur de manu in manum datio, et ex depositi, commodati, pignorisve causa res *dari*, dum traditur. Quamvis et fur heresque eius certo casu *dare de suo* teneatur, quoties scilicet non ultra superest penes eos furtiva res. Diese Erklärung scheint mir wenigstens natürlicher zu seyn, als wenn Gerhard Noodt [87]) hier eine rechtliche Fiction eintreten läßt. Er sagt: Adhuc latet, qua ratione fur dicatur *ad dandum* condictione furtiva conveniri: cum soli concedatur domino; eiusque, quod est iam eius, amplius dominus fieri nequeat. Aliis aliud sedet: mihi

82) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.

83) Tractat. de Actionib. Disp. IV. Th. 20. pag. 151.

84) Exercitation. ad Pandect. P. I. Disp. XXVI. Th. 1.

85) *L. 29. §. 1. D. de Verb. Obligat.*

86) Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

87) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 304.

hi probabile est, hanc actionis formulam non procedere a vero; *sed Veteres, ut multa alia colore aliquo induxerunt, ita in proposito voluisse sub isto colore periculum rei furtivae, si quo fortuito casu pereat, reo, eidemque furi, tanquam domino, nocere potius, quam actori, ad quem alioquin iure dominii rei interitus pertineret ex regulis.* Mehrere glauben sich sogar die Formel *dare oportere* bey der condictione furtiva erklären zu können, ohne von dem eigentlichen Sprachgebrauche abweichen zu dürfen. So sagt z. B. Hotoman [88]). Superest, ut videamus, quo sensu verbum *dandi* in hac actione accipi oporteat. Nam quomodo dominii translationem designaret, cum ea res sit actoris? — Sed intelligendum est, hanc actionem magis *ad litis aestimationem* quam *ad ipsam rem persequendam* valere. Auch Franz Broeus [89]) und Ulrich Huber [90]) beziehen das *dare oportere* bey dieser Klage auf die mittelst derselben zu fordernde Aestimation, weil doch die Klage gewöhnlich darauf gehe, und diese wenigstens nicht Eigenthum des Klägers sey. Indessen bleibt hier immer die Schwierigkeit, wenn die Klage auf die Sache selbst gerichtet wird. Daher will Arnold Vinnius [91]) doch das *dare* hier lieber durch restituere erklären. Unter allen Auslegern hat aber wohl der große Anton Faber [92]) die

88) Commentar. in Institut. ad §. 14. I. de actionib. pag. 446.

89) Exposit. in Iustin. Institution. ad §. fin. I. de obligat. quae ex delicto nasc. pag. 711.

90) Praelect. ad Pand. h. t. §. 1. et ad Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 23.

91) Commentar. ad §. 14. I. de actionib. nr. 2.

92) Rational. in Pand. ad L. 1. D. h. t.

die Sache am wenigsten getroffen, wenn er sagt: Quamvis fur non fiat dominus rei furtivae, nullam tamen querelae occasionem habet, si ea actione conveniatur, qua conveniri iure posset, si voluntas eius effectum habuisset, id est, si per furtum factus dominus fuisset. Merito igitur condictione tenetur, non illa quidem, quae datur ob turpem vel iniustam causam, quia ex turpi et iniusta illa causa dominus factus, non est sed *speciali condictione*, in eam rem comparata, quae *furtiva* dicitur, ob hoc solum, *quia fieri dominus voluit.* Also weil der Dieb hat Eigenthümer werden wollen, nicht, weil er Eigenthümer geworden ist, wird dem Eigenthümer die condictio furtiva gestattet. Id equidem non est σοφὸν φάρμακον, sagt Huber [93]) dabey sehr treffend; nec idonea ratio, cur IUSTINIANUS exceptionem prodiderit celebrem a regula iuris fundamentali, non ex vera iuris ratione, *sed ex opinione furis tam falsa quam malefica.*

§. 838.

Begriff der *condictio furtiva.* Condictio *certi* und *incerti.*

Die *Condictio furtiva* [94]) ist nun eine persönliche, blos persecutorische Klage, welche dem bestohlnen Eigenthümer, und dessen Erben, gegen den Dieb und dessen Erben,

93) Eunomia Rom. ad L. 1. D. h. t. §. 2. pag. 529.

94) Hin und wieder wird diese Condiction in den Gesetzen auch actio furti genennt. *L. 14. §. 16. L. 52. § 29. L. 71. D. de furtis. L 9. D. de in lit. iur. L. 3. §. ult. D. Nautae caup. et stabul.* Sonst sind aber condictio furtiva und actio furtiva ganz verschieden. *L. 7. §. 1. D. h. t.*

zuweilen auch gegen den Gehülfen zusteht, und auf Wiedererstattung der gestohlnen Sache nebst Früchten und Accessionen gerichtet wird [95]). Wir haben hierbey folgendes zu bemerken.

I. Die *condictio furtiva* steht eigentlich nur dem Eigenthümer zu [96]), er sey wirklicher oder prätorischer Eigenthümer, d. i. welcher die ihm gestohlne Sache in gutem Glauben und durch einen gerechten Titel von einem Nichteigenthümer an sich brachte. Denn dieser wird dem wahren Eigenthümer gleich behandelt [97]). Ulpian sagt daher *L.* 1. *D. h. t.* In furtiva re *soli domino* condictio competit; und in der *L.* 14. §. 16. *D. de furtis* setzt er hierin einen Unterschied zwischen der actio furti und der condictio furtiva, daß erstere auch dem Nichteigenthümer zusteht, wenn er sagt: Qualis ergo *furti actio* detur ei, cui res commodata est, quaesitum est? Et puto omnibus,

95) *Io.* STRAUCH Diss. I. de condictione furtiva. *Ienae 1656.* Diss. II. de condictione rei furtivae. *Ibid. 1669.* *Christ.* WILDVOGEL Diss. de condictionis furtivae natura et usu hodierno. *Ienae 1714.* *Conr. Wilh.* STRECKER Diss. de condictione furtiva. *Erford. 1729.* *And.* CLUDIUS de condictione furtiva. *Lipsiae 1650.* 4. M. LYKLAMA *a* NYHOLT Operae gratuitae de condictione furtiva. *Lugd. Bat. 1616.* Ausserdem sind noch *Fr.* DUARENUS ad Tit. Pand. et Cod. de cond. furt. *Oper.* pag. 918. sqq. und *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Anton. Fabrum.* Lib. II. Tract. I. de condictione furtiva repetita Praelect. adv. *Cujacium* pag. 1. sqq. zu vergleichen.

96) S. SCHIFORDEGHER ad *Ant. Fabrum* Lib. II. Tr. I. Qu. 6. NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 303. *Iul.* PACIUS Legg. conciliat. Centur. IV. Qu. 23. und WILDVOGEL cit. Diss. §. 8.

97) *L. 136. D. de div. reg. iuris.*

bus, quorum periculo res alienae ſunt, veluti commodati, item locati, pignorisve accepti [98]), ſi hae ſubreptae ſint, omnibus [99]) *furti actiones* competere: CONDICTIO *autem ei demum competit, qui dominium habet.* Es wird ſogar nicht einmal jedem Eigenthümer dieſe Klage ohne Unterſchied geſtattet, ſondern nur demjenigen, welcher 1) nicht nur zur Zeit der angeſtellten Klage Eigenthümer iſt, ſondern auch ſchon zur Zeit des geſchehenen Diebſtahls das Eigenthum der Sache hatte; auch 2) nicht nachher durch eine freywillige Handlung ſein Eigenthum aufgegeben, und 3) die geſtohlne Sache wirklich im Beſitz gehabt hat [100]). Daher kann der Legatar ſo wenig, als der Erbe, dieſe Klage anſtellen, wenn die Sache, welche dem erſtern pure vermacht worden, aus des letztern Gewahrſam entwendet worden iſt. Denn der Erbe war hier nicht Eigenthümer, der Legatar aber hatte noch nicht den Beſitz.

98) Haloander und Baudoza Ceſtius leſen hier *veluti commodatae, item locatae, pignorisve nomine acceptae.* Faſt auf gleiche Art *Ant.* SCHULTING Theſ. controv. Decad. XLV. Th. 4. Er lieſet veluti *commodatae, locatae, pignorive acceptae.*

99) Statt *omnibus* will *Pet.* PITHOEUS ad Collat. Legum Moſaic. et Rom. Tit. VII. §. 5. not. 22. in Beziehung auf furti actiones lieber *omnes* leſen. Es ginge alſo auf die zu Ulpians Zeiten üblichen actiones furti manifeſti, nec manifeſti, concepti, oblati, prohibiti, non exhibiti, welche *§. 3. et 4. I. de obligat. quae ex delicto naſc.* erklärt werden. Ihm ſtimmt auch *Ant.* SCHULTING c. l. bey.

100) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad *L. 10. §. 2.* et *L. 11. D. h. t.* *Ant.* SCHULTING Theſ. controv. Decad. XLV. Th. 2.

sitz. Daher kann letzter blos die Sache vindiciren, weil mit dem Tode des Erblassers das Eigenthum auf ihn recta via überging. Sed nec legatarius, sagt Paulus *L.* 11. *D. h. t.* condicere potest. Ei enim competit condictio, *cui res subrepta est*, vel heredi eius. *Sed vindicare rem legatam potest.* Wäre hingegen die Sache unter einer Bedingung vermacht, so kann zwar der Erbe, pendente ea, die condictionem furtivam anstellen. Denn er hat während dieser Zeit das volle Eigenthum der Sache [1]). Es kann auch der Dieb verurtheilt werden, den Werth zu bezahlen, um welchen die Sache hätte verkauft werden können [2]). Allein existirt die Bedingung noch während des Processes, so muß der Dieb von der wider ihn angestellten Klage entbunden werden, weil nun das Eigenthum in der Person des Erben aufgehört hat; und zwar wird angenommen, als ob das Eigenthum durch eine freywillige Handlung des Erben selbst aufgehört hätte. Denn die Handlung des Erblassers, welcher die Sache vermacht hat, wird rechtlich für die Handlung des Erben selbst angesehen; nicht blos darum, weil der Erbe die Person des Erblassers vorstellt, und mit ihm für eine Person gehalten wird, sondern auch weil der Erbe durch Antretung der Erbschaft mit den Legataren in ein contractähnliches Verhältniß tritt [3]). Alles dieses bestätiget auch Julian, wenn er *L.* 14. *pr. D. h. t.* sagt: Si servus furtivus *sub conditione* legatus fuerit, *pendente ea heres condictionem habebit*: et si lite contestata conditio exstiterit, *absolutio sequi*

1) *L. 12. §. 2. D. Familiae ercisc.*

2) S. *Iul.* PACIUS Εναντιοφαν. Centur. IV. Qu. 28.

3) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 14. D. h. t. p. 439.

sequi debebit, perinde ac si idem servus sub conditione liber esse iussus fuisset, et lite contestata conditio exstitisset: nam nec petitoris iam interest hominem recipere, *et res sine dolo malo furis eius esse desiit.* Quod si *pendente conditione* iudicaretur, *iudex aestimare debebit, quanti emtorem invenerit* [4]). Hieraus erklärt sich nun auch, wenn **Ulpian** sagt *L.* 10. *§.* 2. *et* 3. *D. h. t.* Tam diu autem condictioni locus erit, *donec domini facto dominium eius rei ab eo recedat:* et ideo si eam rem alienaverit, condicere non poterit. Unde CELSUS *Lib. XII. Digestorum* scribit, si rem furtivam dominus pure legaverit furi, *heredem ei condicere non posse.* Sed et si non ipsi furi sed alii: idem dicendum est, cessare condictionem, *quia dominium facto testatoris, id est, domini discessit.* War also die Sache schon dem Erblasser entwendet worden, und er hat sie einem Andern nachher pure vermacht, so findet die condictio furtiva nicht Statt. Der Erblasser hätte sie zwar wohl bey seinem Leben anstellen können. Allein seinem Erben steht sie so wenig als dem Legatar zu. Denn das Eigenthum ging hier nicht auf den Erben, sondern recta via auf den Legatar über, welches denn aber doch derselbe noch nicht zur Zeit des geschehenen Diebstahls hatte, sondern erst nach dem Tode des Erblassers erwarb [5]). Es kann also der Legatar die Sache blos vindiciren. Wenn hingegen das Eigenthum nicht durch eine freywillige Handlung des Eigenthümers aufhört, so bleibt dem Bestohlnen die condictio furtiva unbenommen; z. B. die gestohlne Sache ging durch eine Handlung des Diebes zu Grunde [6]), oder der

4) Man vergleiche hiermit noch die *L.* 52. *§.* 29. *D. de furtis.*

5) *L.* 64. *D. de furtis.*

6) *§.* 26. *I. de rer. divis.* S. NOODT ad h. Tit. pag. 303.

der Bestohlne wurde von dem Miteigenthümer zur Theilung aufgefordert. Dies lehrt Ulpian, wenn er *L.* 12. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* sagt: Sed si dominium *non tuo facto* amiseris, condices. In communi igitur re, eleganter ait, interesse, utrum tu provocasti communi dividundo iudicio, an provocatus es: ut si provocasti communi dividundo iudicio, amiseris condictionem, *si provocatus es, retineas.*

Die condictio furtiva steht ferner auch dem Vormunde zu, weil er in Hinsicht der Vermögensverwaltung seines Mündels und Curanden so gut, wie ein Eigenthümer, angesehen wird. Julian sagt *L.* 56 §. 4. *D. de furt.* Quia tutor *domini loco* habetur, et curator furiosi adeo *personam domini sustinet*, ut etiam tradendo rem furiosi alienare existimetur, *condicere rem furtivam tutor et curator furiosi eorum nomine possunt.*

Der Nutznießer hingegen kann diese Klage nicht anstellen, wenn nämlich der Diebstahl an den noch hangenden Früchten geschehen ist. IULIANUS putat, sagt Ulpian *L.* 12. §. 5. *D. de usufr.* quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur, magis proprietario *condictionem* competere. Dem Nutznießer wird vor der Perception der Früchte blos die *actio furti* gestattet, quoniam interfuit eius, fructus non esse ablatos. Von dem Pfandgläubiger kann sie jedoch nur als eine *condictio incerti* angestellet werden, wenn ihm das Pfand gestohlen worden ist. NERATIUS libris Membranarum *Aristonem* existimasse refert, heißt es *L.* 12. §. *fin. D. h. t.* eum, cui pignori res data sit, *incerti*

condi-

condictione acturum, ſi ea ſubrepta eſt [7]). Dieſe condictio incerti geht blos auf das Intereſſe des Pfandgläubigers [8]), welches, wenn der Beſitz nicht reſtituirt wird, bald in dem Erſatz derjenigen Summe beſteht, die der Gläubiger dem Verpfänder geborgt hat, bald in der Erſtattung desjenigen Werths, den das geſtohlne Pfand an ſich hat, je nachdem entweder der Gläubiger bey dem Diebſtahl außer Schuld iſt, oder ihm in Anſehung deſſelben ein Verſehen zur Laſt fällt; weil er in dem letzten Falle dem Eigenthümer für den Werth ſtehen muß. In dem erſten Fall hingegen iſt der einzige Schade, den der Pfandgläubiger erleidet, die Einbuße ſeiner Forderung, oder der Sicherheit darüber [9]). Hätte der Schuldner ſelbſt dem Gläubiger das Pfand entwendet, welches man ein *furtum poſſeſſionis* [10]) nennt, ſo geht die condictio incerti nur auf die Summe der Schuld, nebſt den Zinſen, ohne dabey auf den Werth des Pfandes weiter Rückſicht zu nehmen [11]).

Man theilt hiernach die condictionem furtivam ein in *condictionem certi* und *incerti*, je nachdem ſie vom Eigenthümer oder deſſen Erben auf Wiedererſtattung der geſtohlnen Sache, oder von einem Nichteigenthümer auf Aeſtimation des Beſitzes oder das Intereſſe angeſtellt wird.

7) Man vergleiche noch *L. 22. D. de pign. act.* und *L. 25. §. 1. D. de furt.*

8) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 12. §. ult. D. h. t.

9) S. Weſtphals Pfandrecht §. 19. Not. 35.

10) *§. 10. I. de obligat. quae ex delicto naſc.*

11) *L. 87. D. de furt.*

wird [12]). Ob letzere nur dem Pfandgläubiger, oder auch anderen zusteht, welche die gestohlne Sache nur wegen eines persönlichen Rechts inne hatten, wie z. B. dem Commodatar, dem Miethsmanne, oder wer sonst ein Interesse daran hat, daß ihm die Sache nicht entwendet wurde, ist streitig. So viel ist gewiß, daß allen diesen die actio furti zusteht, wenn sie die gestohlne Sache ihrem Auctor ersetzen müssen, und auch ganz ersetzen können [13]); sie brauchen sogar nicht einmal den Gewinn, den sie durch diese

12) Einige wollen diese Eintheilung verwerffen, als *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Decad. LXXXI. Err. 3. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant. Fabrum.* Lib. II. Tr. 1. Quaest. 6. *Io.* STRAUCH in Diss. de condict. furtiva. Cap. III. §. 13 sqq. und WILDVOGEL in Diss. de condict. furtivae natura §. 8. Allein man sehe dagegen *Reinh.* BACHOV *ab* ECHT Tract. de Actionib. Disput. IV. Th. 23. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *Iul.* PACIUS Εναντιοφαν. Centur. IV. Qu. 23. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. XLV. Th. 2. und *Ger* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. in fin. Selbst *Ant.* FABER hat sich noch nachher in seinen Rational. in Pand. ad L. 12. §. 1 D. h. t. sehr nachdrücklich für diese Meinung erklärt, wenn er sagt: *Est in hoc gravissimus error veterum omnium interpretum, qui post Accursium* et *Bartolum negant condictionem hanc incerti speciem esse condictionis furtivae, novamque actionis speciem constituere, quae dicatur condictio incerti.* Vergleiche auch *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 4. et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. r.

13) *L. 10. L. 11. 12. L. 14. §. 2. 10. 12. et 16. D. de furt. L. 85. D. eodem. L. 90. D. eod. §. 15. et 16. I. de obligat. quae ex delicto nasc. L. 114. D. de div. reg. iur.* S. Schöman's Fragmente aus seinen civilistischen und criminalist. Vorlesungen. I. Jena 1810. §. 4.

diese Klage erhalten haben, dem Eigenthümer zu restituiren [14]). Ob nun aber gleich allen diesen die condictio furtiva dennoch in der schon oben angeführten *L.* 14. §. 16. *D. de furtis* ausdrücklich abgesprochen wird, so meinen doch mehrere Rechtsgelehrte [15]), daß sie jetzt mit dem Pfandgläubiger gleiches Recht hätten. Allein die *L. ult.* §. 3. *Cod. de furt.* worauf man sich beruft, redet ausdrücklich nur von der actione furti. Es ist auch hier nicht gleicher Grund vorhanden, weil durch den Pfandcontract zugleich mit der Detention das ius possessionis übertragen wird, welches in den übrigen oben angeführten Contracten nicht geschieht [16]).

II. Die Condictio furtiva wird gegen den Dieb angestellt, ohne Unterschied, er sey über den Diebstahl ertappt worden oder nicht [17]), wenn nur in jenem Falle die Sache entweder bey dem Diebe durchaus nicht zu finden war, oder dieselbe auf der

14) *L. 6. D. Locati cond. L. ult. §. 3. C. de furtis.*

15) *Ant.* FABER Rational. ad L. 12. §. 1. D. h. t. pag. 438. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. in fin. *Em.* MERILLIUS Exposit. in L. decision. Iustin. Nr. XIII. §. 3. p. 36. *Ulr.* HUBER Praelect. in Pand. h. t. §. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10. POTHIER Pandect. Iustin. h. t. Nr. V. not. h. und Schmidt im Lehrbuche von Klagen und Einreden §. 1380.

16) S. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 53. et ad *Eundem* MÜLLER not. α — γ. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. et EMMINGHAUS ad *Eundem* not. t.

17) Was fur *manifestus* und *nec manifestus* sey, lehren *L. 3. 4. 5. 6. 7. et 8. D. de furt.*

der Stelle von dem Diebe vernichtet worden ist [18]). Daher findet sie auch gegen den Räuber Statt, welcher auch sonst actione vi bonorum raptorum belangt werden kann [19]). Ist dem Diebe die Sache wieder von einem Dritten entwendet worden, so findet die Klage auch gegen den letztern Statt [20]). Hat ein filiusfamilias den Diebstahl begangen, so kann gegen den Vater nur dann geklagt werden, wenn er aus dem Delict seines Sohnes reicher geworden ist, und dann hat gegen den Vater nur die condictio in peculium Statt, der Sohn aber haftet immer für das Ganze [21]). Nie kann also ein anderer mit dieser Klage belangt werden, als der den Diebstahl begangen hat, oder desselben Erbe [22]). Schon als Personalklage betrachtet, findet sie daher gegen den successor singularis nicht Statt [23]). Gegen diesen muß die

18) *L. 10. pr. D. h. t.* Sive manifestus fur, sive nec manifestus sit, poterit ei condici. Ita demum autem manifestus fur condictione tenebitur, si deprehensa non fuerit a domino possessio eius. Caeterum nemo furum condictione tenetur, posteaquam dominus possessionem apprehendit; et ideo IULIANUS, ut procedat in fure manifesto, tractare de condictione, ita proponit: furem deprehensum aut occidisse, aut fregisse, aut effudisse id, quod interceperat.

19) *L. 10. §. 1. D. eodem. L. 2. §. 26. D. de vi bon. raptor.*

20) *L. 76. §. 1. D. de furt.*

21) *L. 5. L. 19. D. h. t. L. 3. §. 12. D. de pecul.* Ohne Grund streitet dagegen *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXXVIII. Err. 3. Man sehe BACHOV *ab* ECHT Tract. de actionib. Disp. IV. Th. 22.

22) *L. 5. D. h. t.*

23) Das Gegentheil behaupten zwar *Fr.* BROEUS in Exposit. in Iustin. Institut. ad §. 26. I. de rer. div. n. 3. pag. 225. und *Ian.*

die Reivindication, oder die actio publiciana angestellt werden. Ueberall wird jedoch Zurechnungsfähigkeit vorausgesetzt. Gegen einen Unmündigen findet daher die Klage nur dann Statt, wenn er schon eines Dolus fähig ist [24]). Bey den Erben des Diebes kommt es jedoch darauf nicht an. Diese haften schlechterdings ex causa furtiva ihres Erblassers, wenn sie auch noch Kinder oder wahnsinnig seyn sollten. Die Klage wird hier gegen ihre Vormünder angestellt [25]). Ob die condictio furtiva auch gegen den Diebshelfer Statt habe, ist streitig. Soviel ist gewiß, daß

P 2 ein

Ian. a COSTA in Comm. ad eund. §. Instit. Allein die Worte des *§. 26. I. de rer. div.* Nam extinctae res, licet vindicari non possint, *condici tamen a furibus, et quibusque aliis possessoribus possunt*, sind entweder mit VINNIUS in Comm. ad h. §. nr. 5. von malae fidei possessoribus zu verstehen, welche den Dieben gleich zu achten sind. *§. 2. I. de usucap. L. 3. C. de condict. ex Lege.* oder es ist mit *Eguin.* BARO in Comm. ad I. h. t. und *Ie.* DOUJAT ad *Theophili* Paraphras. graec. Instit. h. l. Tom I. pag. 233. der Reitz. Ausg. anzunehmen, daß hier nicht von der condictione furtiva die Rede sey, sondern von einer andern, welche im Falle der erweislichen Bereicherung auch gegen bonae fidei possessores Statt findet, z. B. condictio sine causa. Es ist indessen nicht zu läugnen, daß Theophilus in seiner griechischen Paraphrase blos von der condictio furtiva redet. Man sehe übrigens *de* COCCEJI iur civ. contr. h. t. Qu. 7. und EMMINGHAUS ad Eundem not. b.

24) *L. 23. et 24. D. de furtis.*

25) *L. 2. D. h. t.* Condictioni ex causa furtiva et furiosi et infantes obligantur, cum heredes necessarii exstiterunt: quamvis cum eis agi non possit. Man verbinde damit *L. 2. §. 1. D. de admin. tut. L. 48. §. 1. D. de legat. II.* S. auch FABRI Rational. ad L. 2. h. t.

ein bloßer Rath, ohne thätige Hülfe, nicht geeignet ist, diese Klage gegen denselben zu begründen [26]). Allein sie soll nach *L.* 6. D. *h. t.* auch nicht einmal gegen den Statt finden, der den Diebstahl durch Rath und That (ope consilio) hat befördern helfen, sondern nur actio furti. Gleichwohl lehrt **Paulus** ganz das Gegentheil, wenn er *L.* 53. §. 2. *D. de Verb. Signif.* sagt: Aliud factum est eius, qui *ope*, aliud eius, qui *consilio* furtum facit: sic enim alii condici potest, alii non potest. Um beyde Gesetzstellen zu vereinigen, sagen einige [27]), zur Begründung der condictio furtiva gegen den Diebshelfer, sey nach *L.* 6. *h. t.* nur nicht hinreichend, durch Rath und That blos entfernten Theil am Diebstahl genommen zu haben, sondern er müsse nach *L.* 53. *de V.* S. durch irgend eine äussere Handlung bey der Begehung des Diebstahls selbst Hülfe geleistet haben. Andere [28]) hingegen halten auch das bloße Herbeyschaffen und Anlegen einer Leiter, die Mittheilung der Werkzeuge zum Aufbrechen der Behältnisse u. d. noch nicht für hinreichend, sondern erfordern, daß der Gehülfe an der Handlung der Contrectation selbst müsse Antheil genommen haben, wenn er eben so, wie der Dieb, solle condictione furtiva belangt werden können; z. B. er hat die gestohlnen Sachen in Empfang genommen, oder mit wegtragen helfen, wenn gleich nicht zu seinem, sondern zu des

26) *§. 11. in fin. I. de oblig. quae ex del. nasc.* **L.** *36. pr.* **L.** *52.* **§.** *19.* und **L.** *54. §. 4.* **D.** *de furt.*

27) S. POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. VII. not. c.

28) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. *Ant.* FABER in Rational. ad L. 6. D. h. t. und STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. XVIII. Th. 55.

des Diebes Nutzen. Noch andere [29]) erfordern endlich einen solchen Gehülfen, welcher beym Diebstahl mit gleicher Absicht, als Theilhaber am Gewinn, mitgewirkt habe. Diese letzte Meinung scheint mir den Vorzug zu verdienen. Denn der erstern steht §. 11. *I. de obligat. quae ex del. nasc.* in Verbindung mit *L.* 5. *et* 6. *D. h. t.* offenbar entgegen. Es ist aber auch die bloße Theilnahme am Factum der Contrectation nicht genug, weil diese nicht immer eigennützige Absichten, sondern auch Feindschaft gegen den Bestohlnen zum Grunde haben kann; in welchem Falle zwar die actio furti, als eine actio poenalis ex delicto, begründet ist [30]), aber nicht die condictio furtiva, welche auf dem Grundsatz der Billigkeit beruht, daß sich Niemand mit dem Schaden eines Andern bereichere. Diese kann folglich anders nicht gegen den Gehülfen Statt finden, als wenn er ein solcher ist, auf welchen der Begriff des Diebstahls paßt [31]).

§. 839.

Grund der Klage. In wiefern hat sie gegen die Erben des Diebes Statt?

Die condictio furtiva setzt immer ein Furtum im

 Sinn

29) KOCH Institut. iur. crim. §. 216. not. 1. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 5. §. 34. von Quistorp Grundſ. des peinlichen Rechts 1. Th. §. 384. Not. 5. besonders KLEINSCHROD Doctr. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. (*Wirceburgi* 1798. 4.) §. 8.

30) *L.* 50. §. 1. *D. de furt.* S. Schömans Fragmente aus seinen civilist. u. crim. Vorles. 1. St. §. 5.

31) *L.* 15. *D. h. t.* GOEDDAEUS in Comm. repetit. praelect. in Tit. Pand. de Verbor. Significat. ad L. 53. D. h. t. n. 17. pag. 576.

Sinn des römischen Rechts voraus [32]), welches, als bloses Privatverbrechen gedacht, nicht bloß durch rechtswidrige Contrectation einer fremden beweglichen Sache begangen wird, die eigennützige Absicht gehe nun entweder auf die Substanz der Sache selbst (*furtum rei*), oder nur auf den Gebrauch derselben (*furtum usus*) [33]); sondern welches auch der Eigenthümer selbst begehen kann, wenn er seine Sache aus der nießbräuchlichen, oder Interesse sichernden gerechten Detention eines Andern eigennützig und wissentlich wider dessen Willen entwendet, oder, durch Veräußerung der Sache, die nur diese Detention bezweckende Realklage des Andern (actio hypothecaria) abzuwenden sucht, (*furtum possessionis*) [34]). Ob aber deswegen diese Klage eine actio ex

32) *L. 1. §. 3. D. de furt.* Furtum est *contrectatio* rei fraudulosa lucri faciendi gratia, vel *ipsius rei*, vel etiam *usus eius, possessionisve.* S. Kleinschrods Abhandlungen aus dem peinl. Rechte Th. 2. Nr. VIII. und Schömans Fragmente I. §. 3. ff.

33) *L. 16. D. h. t.* Qui furtum admittit, vel re commodata vel deposita utendo, condictione quoque ex furtiva causa obstringitur. Besonders *§. 6. et 7. I. de obligat. quae ex del. L. 5. §. 8. D. Commod. L. 40. L. 54. pr. L. 76. pr. D. de furt.* S. SCHOTT Diss. de furto usus. *Lipsiae 1776.*

34) Der Eigenthümer begeht ein furtum, wenn er die einem Andern verpfändete, oder nießbräuchlich eingeräumte, oder vermöge eines Retentionsrechts von demselben besessene Sache wider den Willen des Besitzers entwendet. *L. 12. §. 2. L. 15. §. 1. et 2. L. 19. §. 5. L. 20. §. 1. L. 59. L. 66. D. de furt. §. 10. I. de oblig. ex delict.* Ferner wenn er die besonders verpfändete Sache ohne Wissen und Willen des Gläubigers verkauft. *L. 19. §. 6. L. 66. pr. D. de furt.* oder dem bonae fidei possessor seine Sache entwendet. *L. 20. §. 1. D. eod.* S. GROLMAN's Grundś. der Criminalrechtswissenschaft. §. 178. not. a.

ex delicto sey, ist streitig [35]). Viele wollen dieses darum läugnen, weil sie nicht infamire, und in der *L.* 10. §. 2. *D. de compensat.* von einer actio ex maleficio nicht undeutlich unterschieden werde. Sie sey also nach dem Beyspiel der übrigen Condictionen auf die natürliche Billigkeit gegründet. Denn **Marcian** leite sie ausdrücklich ex iure gentium her *L.* 25. *D. de act. rer. amot.* Dahingegen halten sie andere [36]) für eine actio ex delicto, und gründen ihre Meinung auf die *L.* 21. §. 5. *et* 6. *D. de act. rer. amotar.* und *L.* 36 *D de obligat. et act.* Beyde Meinungen lassen sich jedoch füglich vereinigen, wenn man den nächsten Klagegrund von dem entferntern unterscheidet. Daß die römischen Rechtsgelehrten diese Klage nicht unmittelbar aus dem Diebstahle, sondern zunächst aus dem Grundsatze, daß Niemand sich mit dem Schaden eines Andern bereichern dürfe, hergeleitet haben, ist aus den für die erste Meinung angeführten Gründen nicht zu bezweifeln. Allein eben so unläugbar ist es auch, daß der begangene Diebstahl wenigstens als das entferntere Fundament der Klage anzusehen sey [37]). Hieraus sind nun die hier von **Hellfeld** angeführ-

35) *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. Princ. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Disp. XXVI. Th. 2. BACHOV. de Actionib. Diss. IV. Th. 21. pag. 155. *Pet.* DUIRSEMA Conjectural. iuris civ. Lib. I. cap. 8. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5. HUBER Praelect. in Pand. h. t. §. 2. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 5. §. 34. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2090. u. a. m.

36) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. CUJACIUS Observation. Lib. XIII. cap. 37. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XVIII. Th. 50. STRAUCH Diss de condict. furtiva. Cap. II. u. a. m.

37) S. Weber zu Höpfners Commentar über die Institutionen §. 1030. Not. 3. S. 1060.

geführten besondern Bestimmungen dieser Klage zu erklären. Wegen des nächsten Grundes kann nämlich die Klage auch gegen die Erben Statt finden, und zwar auf das Ganze, und ohne Rücksicht, ob sie etwa aus dem Delict des Erblassers reicher sind oder nicht [38]). Jedoch haftet jeder nur nach dem Verhältniß seines Erbantheils. Cujaz [39]) ist zwar anderer Meinung. Er glaubt, die Klage gehe anders nicht gegen die Erben des Diebes, als wenn sie entweder noch gegen denselben bey dessen Leben angestellt, und lis contestirt worden, oder die Erben durch den Diebstahl bereichert sind. Allein ganz entscheidend sprechen für unsere Meinung folgende Gesetzstellen. *L.* 7. *§.* 2. *D. h.t.* Condictio rei furtivae, quia rei habet persecutionem, *heredem quoque furis obligat*: nec tantum, si vivat servus furtivus, sed etiam si decesserit. Sed et si apud furis heredem diem suum obiit servus furtivus, vel non apud ipsum, post mortem tamen furis dicendum est, *condictionem adversus heredem durare.* Quae in herede diximus, eadem erunt et in caeteris successoribus. Ferner *L.* 9. *D. eod.* In condictione ex causa furtiva *non pro parte, quae pervenit, sed in solidum tenemur*, dum soli heredes sumus: pro parte autem heres,

38) *L.* 1. *pr. D. de privat. delict.*

39) Observation. Lib. VII. cap. 37. und Lib. XIII. cap. 37. Allein *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 9. h. t. und de Erroribus Pragmat. Dec. LXXVIII. Err. 1. BACHOV Tr. de actionib. Disp. IV. Th. 21. *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. VII. cap. 3. et Variantium ex *Cujacio* Lib. I. cap. 21. *Iac.* CONSTANTINAEUS Subtil. Enodation. Lib. I. cap. 10. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 498.) und *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant. Fabrum.* Lib. II. Tract. I. Qu. 9. haben diese Meinung gründlich widerlegt.

res, *pro ea parte, pro qua heres est*, *tenetur*. Diesem ist nicht entgegen, wenn in *L. 6. §. 4. D. de act. rer. amotar.* gesagt wird: Heres mulieris *ex hac causa* tenebitur, sicut *condictionis nomine ex causa furtiva*. Denn es ist eine unrichtige Voraussetzung, daß die actio rerum amotarum nur in so weit gegen die Erben Statt finde, als dieselben bereichert sind. Beyde Klagen sind hierin einander völlig gleich. *L. 21. §. 5. D. eodem.* sagt ausdrücklich: Haec actio, *licet ex delicto nascatur*, tamen *rei persecutionem* continet, sicut et *condictio furtiva*. Daß die actio rerum amotarum nach *L. 3. §. ult. D. eodem.* gegen den Vater wegen des Vergehens seiner verstorbenen Tochter nur in so weit gehen soll, als derselbe dadurch reicher geworden ist, steht uns nicht entgegen. Denn dies hat seinen besondern Grund, nämlich weil der Vater die Güter oder die dos profectitia seiner Tochter nicht als Erbe, sondern iure patriae potestatis erhielt; und die *L. ult. Cod. rer. amotar.* worauf man sich besonders beruft, kann sehr wohl so verstanden werden, daß die Erben wegen der von ihrer Erblasserin ihrem Mann entwendeten Sachen nicht als Correalschuldner, sondern nur nach dem Verhältniß dessen, was auf jeden aus der Erbschaft gekommen ist, belangt werden können [40]. Denn da die röm. Kaiser in ihren Rescripten mehrentheils nur nach dem gemeinen Recht sprachen, so sind

40) S. *Io.* VOET in Comment. ad Pand. h. t. §. 4. *Io. Ortw.* WESTENBERG Dig. Lib. XXV. Tit. 2. §. 22. KLEINSCHROD Doctr. de reparatione damni delicto dati. Spec. I. §. 12. *Ian. a* COSTA Praelection. ad illustr. quosd. Titulos locaque sel. iuris civ. pag. 215. sq. *Hub.* GIPHANII Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. ult. Rer. amotar. pag. 455. sqq. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. et ad Eundem EMMINGHAUS not. z.

sind sie immer, so viel als möglich, dem Pandectenrecht gemäß zu erklären [41]).

Weil die condictio furtiva nach ihrem entferntern Fundament unstreitig aus einem Delict entsteht, so erklärt sich hieraus, warum mehrere, welche den Diebstahl gemeinschaftlich begangen haben, ohne Theilungswohlthat, für das Ganze haften [42]). Da sie jedoch keine Pönalklage ist, so ist es auch ganz natürlich, daß die von dem einem geleistete Erstattung die übrigen von allem weitern Anspruche befreyen müsse [43]). Man sieht nun hieraus auch, warum die Klage nicht infamirt [44]); daher kann sie auch gegen Personen angestellt werden, denen man sonst Achtung schuldig ist [45]).

§. 840. und 841.

Worauf geht die condictio furtiva? Wie ist der Werth der gestohlnen Sache zu bestimmen?

Die condictio furtiva geht auf Zurückgabe der gestohlnen Sache nebst den gezogenen und vernachläßigten Früchten [46]); nicht minder auf Leistung alles übrigen Interesse [47]). Sie kann daher ohne Zweifel auch auf Zinsen gerichtet werden [48]). Hat der Dieb aus der gestohlnen Sache etwas Anderes gemacht, oder verfertigen lassen. z. B. Becher aus dem gestohlnen Silber, oder Most aus den gestohlnen Trauben; so kann auch auf Ausantwortung des

41) S. THIBAUT Theorie der logischen Auslegung des R. R. §. 38.

42) *L. 1. Cod. h. t.*

43) KLEINSCHROD Doctr. cit. Spec. I. §. 9. et 10.

44) *L. 36. D. de obligat. et action.*

45) *L. 3. §. 2. D. de act. rer. amotar. L. 52. §. 6. D. de furt.* MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XVIII. Th. 54. lit. δ nr. IV. V. VI.

46) *L. 8. §. 2. D. h. t. L. 2. Cod. de fruct. et lit exp.* STRUV Synt. I. C. Exerc. XVIII. Th. 56. et MÜLLER ad Eund. not. β.

47) *L. 3. D. h. t.*

48) S. HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Obs. 28. in fin. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bem. 73. S. 243.

des neuen Körpers geklagt werden, ohne daß der Dieb einen Ersatz der darauf verwandten Unkosten erhält [49]; und es kommt wenigstens nach den Gesetzen der Pandecten nicht darauf an, ob der neue Körper wieder in seine vorige rohe Gestalt gebracht werden kann oder nicht [50]. Denn die Veränderung der Gestalt hebt nach der Lehre der Classiker den Mangel der Furtivität nicht [51]. Weil aber doch nach den Grundsätzen des Justinianeischen Rechts [52] der Specifikant, wenn die vorige Gestalt nicht wieder hergestellt werden kann, Eigenthümer des neuen Körpers, und folglich durch eine solche das Eigenthum vernichtende Specification das vitium gehoben wird [53], so ist nun in einem solchen Falle die Sache, als nicht mehr existirend, zu betrachten, und kann daher nur auf den Werth derselben geklagt werden [54]. Ist aber die Sache nicht mehr vorhanden, der Dieb habe sie nun consumirt, oder veräußert, oder sie sey sonst durch Zufall weggekommen, oder zu Grunde gegangen [55]; so kann der höchste Gemeinwerth mit der condictio furtiva eingeklagt werden, den die Sache von Zeit des begangenen Diebstahls an gehabt hat [56]. **Ulpian** sagt *L.* 8. §. 1. *D. h. t.* Si ex causa furtiva res condicatur, *cuius temporis aestimatio fiat*, quaeritur? Placet tamen, id *tempus* spectandum, *quo res unquam plurimi fuit:*

49) *L. 13. L. 14. §. 3. D. h. t.*

50) *L. 52. §. 14. D. de furtis.*

51) *L. 4. §. 20. D. de usurpat. et usucap.*

52) *§. 25. I. de rer. divis.*

53) S. **Westphals** System des R. R. über die Arten der Sachen ꝛc. §. 730. vergl. mit §. 461. und **Thibaut** über Besitz und Verjährung. 2. Th. §. 22. a. E.

54) *§. 26. I. de rer. div.*

55) *L. 3. L. 8. pr. L. 16. L. 20. D. h. t. L. 2. Cod. eodem.*

56) Man will behaupten, daß heutiges Tages nur auf Erstattung desjenigen Werths geklagt werden könne, den die gestohlne Sache zur Zeit der Entwendung gehabt hat. S. von **Quistorp** Grds. des peinl. Rechts 1. Th. §. 384. Allein ohne Grund; man vergleiche dagegen **Tittmanns** Handbuch des teutsch. peinl. Rechts. 3. Th. §. 429. u. 505.

fuit: maxime cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur. *Semper enim moram fur facere videtur.* Der Grund hiervon liegt blos darin, weil der Diebstahl in dem Augenblick, in welchem er geschieht, die Verbindlichkeit zur Restitution der Sache begründet [57]) und diese mora tritt auch sogar beym furto usus ein [58]). Uebrigens fällt die condictio furtiva weg, wenn durch Novation die Forderung aus dem Diebstahl aufgehoben worden ist [59]), oder der Dieb durch gehörig geschehenes Anerbieten der gestohlnen Sache, und verweigerte Annehmung derselben von Seiten des Bestohlnen in mora zu seyn aufgehört [60]), oder der Bestohlne seine Sache wieder, oder den Werth dafür erhalten hat [61]). Keinesweges aber fällt sie als solche durch die Bestrafung des Diebes hinweg [62])

57) *L. ult. D. h. t.* sagt: Qui invito domino rem contrectavit, semper in restituenda re, quam nec debuit auferre, moram facere videtur. Da von Anfang dieser Zögerung an auch die Klage gegen den Dieb begründet ist, so erklärt sich daraus *L. 2. §. 3. D. de privat. delict.* welche sagt: Condictio ex causa furtiva non egreditur retrorsum iudicii accipiendi tempus. Hier ist nicht von der Zeit der angestellten Klage die Rede, wie *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 11. dieses Fragment irrig erklärt, sondern der Ausdruck *iudicii accipiendi tempus* bezeichnet hier die ganze Zeit, da die Condiction angestellt werden konnte, bis dahin, da sie wirklich angestellt worden ist. S. *Io.* IENSII Strictur. in Rom. iuris Pand. et Cod. pag. 489. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. und *de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 8.

58) S. Schömans Fragmente I. §. 8. S. 31.

59) *L. 17. D. h. t. L. 29. §. 1. D. de Verb. obligat.*

60) *L. 8. pr. D. h. t. L. 2. Cod. h. t. L. 72. §. 3. D. de solut.* *Ger.* NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 304.

61) *L. 10. pr. L. 14. §. 2. D. h. t.* VOET h. t. §. 8. und Schömans Fragmente I. §. 8. a. E.

62) S. *Io. Sam. Frid.* BOEHMERI Observation. select. ad *Carpzovium.* Quaest. LXXX. Obs. 10. WERNHERI Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 4. nr. 123. und Tittmanns Handbuch des teutschen peinl. Rechts 3. Th. §. 505. S. 364. f.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Mühlenbruch, Christian Friedrich, 1785-1843 / Fein, Eduard

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 13,1

Erlangen 1811

Bamberg, Staatsbibliothek -- Coll.leg.o.101(13#1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11439043-7
VD18 10657126-002